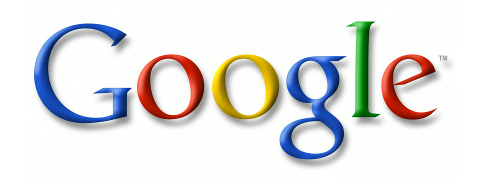
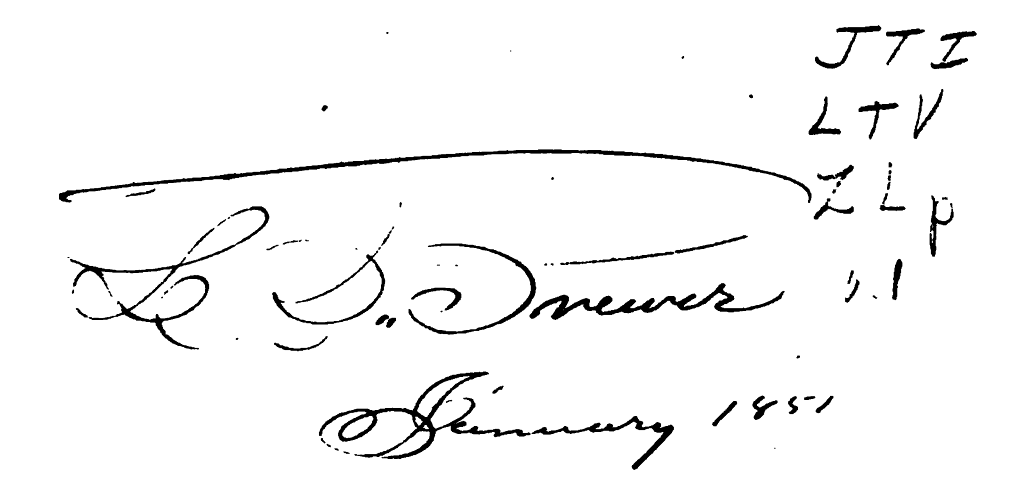




LE

DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

LE DROIT CIVIL EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DU CODE.

DES PRIVILÉGES

ET HYPOTHÈQUES,

OU

COMMENTAIRE DU TIT. XVIII, LIV. III, CODE CIVIL;

PAR M. TROPLONG,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION, ANCIEN PRÉSIDENT A LA COUR ROYALE DE NANCY.

ÉDITION AUGMENTÉE, EN BELGIQUE,

1° DE LA CONFÉRENCE DE L'OUVRAGE AVEC LA DOCTRINE DES AUTEURS QUI ONT TRAITÉ LES MÊMES MATIÈRES; 2° DE LA LÉGISLATION ET LA JURISPRUDENCE BELGES,

ET D'ANNOTATIONS CRITIQUES

Par M. Spinnael,

AVOCAT A LA COUR DE CASSATION DE BELGIQUE

TOME PREMIER.

Bruxelles,

SOCIÉTÉ TYPOGRAPHIQUE BELGE,

AD. WAHLEN ET COMPAGNIE.

PARTIE DE JURISPRUDENCE, — H. TARLIER, GÉRANT.

1844

PRÉFACE.

« Istæ præfationes, et libentiùs nos ad » lectionem propositæ materiæ producunt. »
(Caius, l. 1, D. de orig. juris.)

« La matière des hypothèques, disait Réal, » est sans contredit la plus importante de » toutes celles qui doivent entrer dans la » composition d'un code civil. Elle intéresse » la fortune mobilière et immobilière de » tous les citoyens. Elle est celle à laquelle » toutes les transactions sociales se rattachent. Suivant la manière dont elle sera » traitée, elle donnera la vie et le mouvement au crédit public et particulier, ou » elle en sera le tombeau. »

On ne trouvera rien d'exagéré dans ces paroles, si l'on considère que c'est l'hypothèque qui conserve aux familles le précieux patrimoine des épouses, qui protége la fortune de ceux à qui leur âge ou leur incapacité morale ne permet pas de surveiller leurs intérêts, qui soutient ou relève le crédit du particulier, qui favorise le placement des capitaux étrangers au commerce, qui porte le numéraire au secours de l'agriculture et des spéculations civiles, et qui enfin, comme un puissant levier, donne le mouvement aux plus importantes transactions, par cela même qu'elle les environne des plus solides garanties.

Cette influence journalière et immédiate de l'hypothèque sur la propriété et la circulation des capitaux, a souvent fait élever des plaintes amères sur la complication des rouages qui servent à la mettre en action. Je reconnaîtrai, tant qu'on voudra, que notre régime hypothécaire est susceptible de grandes améliorations; mais espérer que l'on pourra jamais y introduire cette simplicité de combinaison qui séduit dans la pratique, et que l'on envie au coupon des rentes sur l'État ou au billet de banque, me paraît à la fois un désir irréfléchi et une utopie impossible à réaliser. Le régime hypothécaire restera toujours la partie la plus ardue du Code civil; car il remue les intérêts les plus nombreux et les plus graves, il met en conflit les droits les plus opposés et en même temps les plus dignes de faveur; et le législateur manquerait à sa mission si, par amour pour une simplicité systématique, il les courbait tyranniquement sous un joug absolu, plutôt que de les concilier par des tempéraments opportuns, au risque de sacrifier la simplicité à la justice civile. Lorsque la civilisation a développé chez un peuple un grand mouvement de transactions et d'affaires, la législation est toujours assez simple quand elle est nettement formulée, quand les solennités qu'elle emploie sont, quoique nombreuses, claires et commandées par l'utilité; quand leur établissement est mitigé dans l'application par un principe large d'équité. Après tout, cette simplicité dans les lois, dont je vois quelques esprits si préoccupés, n'est qu'un leurre funeste, une promesse féconde en déceptions. Napoléon, qui a imprimé sur le Code civil les traits de cet étonnant génie qui brilla dans le gouvernement de l'État autant qu'à la tête des armées, Napoléon a dit, à propos du régime hypothécaire, ces mots profonds qu'il faut sans cesse rappeler aux hommes superficiels que la difficulté effraye, et qui

ne rêvent la simplification indéfinie de la législation que pour se dispenser de la méditer : « Depuis que j'entends discuter le » Code civil, je me suis souvent aperçu que » la trop grande simplicité dans la législa- » tion est l'ennemie de la propriété. On ne » peut rendre les lois extrêmement simples, » sans couper le nœud plutôt que de le dé- » lier, et sans livrer beaucoup de choses à » l'incertitude de l'arbitraire.... Que la loi » soit moins simple, pourvu qu'elle soit » conforme aux principes de la justice ci- » vile [1]. »

Si j'avais un reproche à adresser à notre régime hypothécaire, ce serait bien plutôt d'avoir visé à une simplicité trop grande dans l'organisation du système de l'aliénation des droits réels, et d'avoir exposé, par une trop grande sobriété dans les formes, les acquéreurs et les prêteurs à des mécomptes désastreux. Le système qui consacrait le secret de l'hypothèque, et qui dispensait le créancier de l'assujettissement à la spécialité et à l'inscription, était, au premier coup d'œil, le plus simple, puisqu'il était le plus avare des solennités gênantes. C'est en partie sous ce rapport qu'il fut défendu par Bigot de Préameneu, dans le travail qu'il fournit au conseil d'État, pour repousser les innovations de la loi de l'an 7, et faire ressortir les avantages de l'ancienne jurisprudence. Mais qui pourrait nier aujourd'hui que cette simplicité ne fût la ruine du crédit et la source intarissable de longs et inextricables litiges ? En effet, les idées ont fait bien du chemin, depuis Bigot et le petit nombre des conseillers d'État qui réchauffèrent, lors de la discussion du Code civil, les prédilections du chancelier d'Aguesseau pour l'hypothèque occulte. Dans un pays comme la France, où la publicité a pénétré partout comme base de la confiance des gouvernés dans les gouvernants, la raison publique ne sait plus comprendre comment la confiance entre particuliers pourrait s'établir sur le secret dans les affaires privées et sur les apparences souvent trompeuses d'un crédit qui veut échapper aux investigations.

Ainsi donc, pour raisonner sans préjugés sur le mérite du système hypothécaire qui nous régit, deux conditions sont indispensables : résister à ce désir de simplicité qui est incompatible avec la matière même des hypothèques, et de plus, accepter comme seul point de départ possible l'état de choses sanctionné par le Code civil. Quiconque voudrait enlever au législateur le libre emploi de formes, même multipliées, et subjuguer les transactions civiles sous le niveau d'une simplicité toujours arbitraire, méconnaîtrait les progrès de la science législative. Quiconque voudrait remonter dans le passé pour ressusciter les institutions surannées de notre ancien droit hypothécaire, ne serait pas de son temps, et faillirait aux leçons de l'expérience.

La question qui s'agite aujourd'hui parmi les jurisconsultes français et étrangers, est de savoir si le Code civil donne aux acquéreurs et aux créanciers le plus grand nombre de garanties désirables, ou bien s'il n'y aurait pas moyen d'augmenter ces garanties, en élargissant le principe de la publicité, et en le faisant pénétrer dans les hypothèques légales des femmes et des mineurs, et dans l'aliénation de tous les droits de propriété. C'est entre les partisans du *statu quo*, et ceux qui sollicitent les innovations que j'indique, qu'est aujourd'hui la lutte. Car je ne compte pas cette petite secte qui affiche la haute prétention de reconstituer à neuf la famille, la propriété, le droit de succession, toutes les relations de la vie sociale, et qui a proclamé sur le régime hypothécaire des conceptions qui peuvent marcher de pair avec ce qu'on trouve de plus extraordinaire dans le corps de ses doctrines. Le jurisconsulte de cette école spéculative est Decourdemanche, qui dépense beaucoup d'esprit à son service. Après avoir fait une brochure pour améliorer le régime hypothécaire, Decourdemanche a fini par le trouver décidément mauvais, même avec les perfectionnements dont il avait cru pouvoir l'enrichir. Il pense

[1] Locré, *Confér.*, t. 7, p. 118.

que l'hypothèque est contraire aux principes de justice qui doivent régler les rapports des hommes entre eux; qu'elle est attentatoire au crédit public et antiproductive [1]; qu'on doit la proscrire avec la même sévérité que le prêt sur gage mobilier, parce qu'elle est immorale, et qu'elle ne tient aucun compte de la bonne foi, etc. Il ne traite pas avec plus de faveur les priviléges sur les meubles et sur les immeubles (lettre 7me). Il en propose en conséquence l'abolition, et demande qu'on interdise au débiteur de créer des hypothèques. Au système hypothécaire, il substitue une vaste mobilisation du sol que l'on assimilerait aux rentes sur l'État. La propriété, dégagée de tous droits réels et hypothécaires, se transmettrait sans entraves, et par là des valeurs énormes seraient rendues à la circulation. Le propriétaire qui aurait besoin d'argent, et qui aujourd'hui n'emprunte que parce qu'il ne peut pas vendre d'une manière opportune [2], se déferait de son immeuble avec la plus grande facilité, et en trouverait toujours un prix avantageux. Au lieu de contrats d'hypothèque ou d'antichrèse, il n'y aurait plus que des ventes à réméré. L'emprunteur passerait sous le nom du prêteur le nombre de pièces de terre qui serait nécessaire pour garantir la somme prêtée, et il se ferait remettre une promesse de revente pour l'époque où il rendrait la somme avancée. Si le prêteur vendait à un étranger avant le délai convenu, la vente serait valable; aucune clause résolutoire ne pourrait y porter atteinte. Mais le débiteur aurait une action en indemnité, et il est à croire que cette action serait presque toujours utile, car ceux qui prêtent sont ordinairement solvables.

Par ce moyen la législation serait simplifiée, la confiance renaîtrait, les procès et les frais de justice ne dévoreraient plus la substance du pauvre citoyen, la bonne foi présiderait à toutes les affaires, et probablement nous serions tous comme le sage de Zénon,

« Liber, honoratus, pulcher, rex denique regum,
» Præcipuè sanus, nisi cum pituita molesta est [3]. »

Mais laissons les impraticables rêveries de cette école. Nous ne voulons nous occuper ici que des opinions éclairées par l'expérience, ou susceptibles d'entrer dans le domaine des faits.

Et d'abord, jetons un coup d'œil sur les essais de systèmes hypothécaires opérés depuis quelques années chez des nations voisines, qui rivalisent avec nous de lumières et de civilisation. L'étude de la législation comparée est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit.

Deux Codes hypothécaires, celui de Naples et celui du Piémont, se sont attachés à reproduire les bases principales du Code civil français. Au contraire, en Bavière, en Lombardie, en Belgique, en Hollande et dans le canton de Genève, des voies nouvelles ont été ouvertes ou proposées, et notre régime y est tombé dans un discrédit plus ou moins général. Cette adoption d'une part, cette répulsion de l'autre, sont des faits graves dont les causes doivent être recherchées.

Lorsque les royaumes de Naples et de Piémont interrogent les antiquités de leur droit, ils n'y trouvent, avec les lois romaines, que le secret de l'hypothèque, qui a cessé d'être en harmonie avec les besoins et les idées de l'époque actuelle, et qui ne réveille plus, nulle part, aucune sympathie [4]. Mais on sait combien il est difficile de rompre d'une manière complète avec le

[1] *Lettres sur la Législat.*, l. 8, p. 18 et 19. Ces lettres ont été imprimées aux frais de la société saint-simonienne, et publiées dans *le Globe*.

[2] Rien n'est plus faux. Celui qui emprunte est toujours mû par l'espoir de retrouver plus tard le capital prêté sans se priver de sa propriété, qui est la chose à laquelle l'homme tient le plus, et à laquelle il ne se décide à renoncer qu'à la dernière extrémité. En général il est rare que celui qui veut vendre ses biens pour réaliser, ne le fasse pas avec avantage, lorsqu'il agit avec discernement et sans précipitation.

[3] Horace, épît. 1, *in fine*.

[4] *Nulle part!* je vais trop loin. Car je vois, par la lecture des journaux, que la chambre des communes

passé. Arriver tout d'un coup d'un système, où tous les droits réels se transmettent sans publicité, à une théorie qui les soumettrait tous sans exception à une manifestation extérieure aussi large que possible, serait une transition trop brusque et trop hasardeuse. L'esprit humain, au milieu même de ses goûts d'innovation, aime à s'arrêter de degré en degré pour demander conseil à la réflexion. Il était donc naturel que la première tentative faite pour sortir de l'hypothèque occulte, aboutît à une composition entre le secret absolu et la publicité absolue du droit hypothécaire; et dès lors le Code français, qui offre précisément l'expression de cette transaction, dut paraître au législateur napolitain et piémontais le type du meilleur système. Ajoutez à cela l'admiration et quelquefois même l'engouement que le Code civil avait excité chez l'étranger aussi bien qu'en France, à cause de la précision de ses formes, de laclarté de ses dispositions, et de l'avantage que présente la codification moderne comparée au chaos de l'ancien droit; faites ensuite la part de l'habitude, qui, pendant l'occupation française, avait popularisé le système hypothécaire du Code civil, et avait attesté sa supériorité sur le régime fécond en déceptions qui l'avait précédé; alors on s'expliquera facilement pourquoi la révision du Code français, ordonnée en 1815 par le roi de Naples, et terminée en 1819 [1], n'amena dans la matière des hypothèques que des modifications secondaires, qui ne touchent en rien aux idées mères du système; et pourquoi aussi l'édit piémontais du 16 juillet 1822, qui établit la publicité et la spécialité à partir du 1er janvier 1823, est à peu près taillé sur le modèle du Code civil [2]. Dans un moment où les dynasties anciennes avaient repris leur place, où les conquêtes de Napoléon n'existaient plus qu'en souvenir, et où il se faisait une sorte de réaction contre la domination de la France, ce fut une œuvre de sagesse, et dont il faut savoir gré au législateur napolitain et piémontais, de n'avoir pas rétrogradé jusqu'à l'hypothèque occulte, qui semblait plus en harmonie avec les principes du gouvernement.

Les légères modifications dont j'ai parlé pouvant servir au perfectionnement de quelques parties de notre Code, ou tout au moins à mettre en lumière les éléments d'une controverse toujours utile, je ferai connaître rapidement ici celles qui ont le plus d'importance.

Tout en disposant que le défaut d'inscription ne peut être opposé à la femme ou au mineur, le Code napolitain a cru devoir mettre en mouvement un plus grand nombre d'agents que le Code français, pour procurer l'inscription des hypothèques légales. Il ordonne aux notaires qui reçoivent des actes de constitution de dot, de prendre inscription pour la femme, à peine de destitution et de dommages et intérêts [3]. De plus, le juge de paix et son greffier ne doivent pas délivrer des expéditions de délibérations du conseil de famille sur la tutelle, si on ne leur justifie de l'inscription prise sur les biens du tuteur. (Art. 2027, 2029, 2031.)

Lorsque le mariage est dissous, ou que la minorité a cessé, le même Code veut que la veuve et le mineur prennent inscription dans le délai d'un an, à compter de la dissolution du mariage ou de la majorité. (Articles 2032, 2033.) Cette disposition réalise un vœu émis par Grenier, pour améliorer le système du Code civil [4].

Suivant l'art. 2014 du Code napolitain, les contrats passés en pays étranger ne sont pas dépourvus de tout effet hypothécaire.

d'Angleterre, à la majorité de 161 voix contre 48, a rejeté le bill présenté par lord Brougham pour l'enregistrement des actes relatifs aux propriétés immobilières et pour la publicité des dettes contractées par les propriétaires fonciers.

[1] *Voy.* dans *la Thémis*, t. 2, p. 13, un article de M. Romanazzi, Napolitain. Le Code revisé fut déclaré exécutoire à partir du 1er septembre 1819.

[2] *Voy.* l'analyse de cet édit dans *la Thémis*, t. 5, p. 225, article de Jourdan.

[3] *Thémis*, t. 5, p. 235.

[4] Grenier, t. 1.

Seulement, les tribunaux napolitains doivent en prendre connaissance et en ordonner l'inscription, s'il y a lieu [1]. Cette disposition me paraît beaucoup plus juste que celle de notre art. 2128, qui rend absolument inefficace la stipulation d'hypothèque conventionnelle contenue dans un contrat passé en pays étranger. On verra (nº 511) les motifs de la préférence que j'accorde à cet égard au Code napolitain.

Quant au législateur piémontais, il est entré moins vivement que le Code des Deux-Siciles dans l'imitation du Code français. On y sent, de temps en temps, une tendance à se rapprocher du droit romain; c'est ce que l'on aperçoit dans la dispense indéfinie d'inscription accordée au fisc, au vendeur, au copartageant, à la femme mariée, aux enfants sur les biens du père administrateur.

Les priviléges y sont multipliés bien au delà des bornes tracées par notre Code, et ils ont effet du jour de leur date, pourvu qu'ils soient inscrits dans les trois mois.

Pour mieux assurer l'inscription de l'hypothèque légale de la femme, on exige, de même que dans le Code napolitain, que le notaire prenne inscription; et comme il pourrait ignorer la situation des biens, on ordonne qu'elle sera signalée au notaire par le mari, qui, pour le dire en passant, est un assez mauvais indicateur des renseignements qu'on recherche, puisqu'il a intérêt à les dissimuler, et à rendre illusoire la sollicitude de la loi.

Ce qu'il y a de singulier dans un Code pour lequel l'adoption du système de la publicité semble avoir été un sacrifice, c'est que l'hypothèque légale du mineur est soumise à l'inscription.

Le montant de la surenchère est fixé au sixième.

Le renouvellement des inscriptions n'est plus nécessaire, lorsque l'immeuble hypothéqué a été vendu judiciairement avant la péremption de l'inscription; lorsque, par l'expiration du délai accordé aux créanciers pour demander une nouvelle vente, le prix de l'immeuble se trouve définitivement fixé; ou lorsqu'il s'est introduit une instance générale de discussion. On a voulu trancher législativement des questions qui, chez nous, sont dans le domaine de l'interprétation. Quoique les solutions données par le législateur piémontais soient exactes, on pourra cependant se convaincre, par ce que nous avons dit sur ce point (nº 717), qu'il est loin d'avoir aperçu et embrassé toutes les difficultés qu'il voulait prévenir.

Telles sont à peu près les innovations que l'on remarque dans les deux Codes imités du système français. Du reste, rien n'est changé à la théorie du Code civil sur la transmission du droit de propriété à l'égard des tiers: dans le concours de deux ventes faites par le même propriétaire, la préférence appartient au premier acquéreur, quand même le second aurait été plus diligent pour transcrire (Code Napol., art. 2081).

Des tentatives plus hardies se rencontrent dans le Code hypothécaire bavarois, dans la législation que l'Autriche a donnée au Milanais sur les hypothèques, dans les projets de Code génevois et belge, ainsi que dans la loi hollandaise du 28 avril 1834.

Le Code bavarois et l'édit milanais n'ont reculé devant aucune formalité ni devant aucune considération, afin d'assurer sur des basses solides le crédit entre particuliers. Tous les droits réels, qui pèsent sur le gage immobilier donné au prêteur ou sur la propriété vendue à l'acquéreur, doivent être mis au grand jour. On a voulu que le créancier fût complétement sûr que son hypothèque ne pourrait le trahir; on a voulu que l'acheteur ne pût sous aucun prétexte redouter des évictions inattendues. Pour arriver à ce résultat, il a été décrété que lorsque le propriétaire aliénerait sa chose à deux propriétaires différents, la propriété

[1] *I contratti fatti in paese straniero, secondo le leggi del luogo, possono produrre ipoteca sopra i beni esistenti nel regno, allorchè fattone l'esame dal tribunal civile della provincia o della valle, inteso il pubblico ministero, con sentenza ne sarà ordinata l'iscrizione.*

serait accordée à l'acquéreur le premier inscrit, quelle que fût d'ailleurs la date du titre [1].

Tout individu qui prétend exercer, sur un immeuble possédé par un tiers, un droit réel, soit à titre de servitude [2], de clause résolutoire, de possession, de bail, d'usufruit, d'antichrèse, de droit de retour ou de rachat, de disposition à charge de rendre ou fidéicommis, soit à titre d'hypothèque conventionnelle ou légale, doit justifier d'une inscription existante au moment de l'aliénation faite au tiers détenteur [3]. A défaut de quoi, il est déchu de tout droit de suite, et il n'a qu'une simple créance contre celui avec qui il a contracté.

L'inscription est nécessaire, soit que le droit de propriété intégral ou partiel ait été transmis par acte entre-vifs, soit qu'il ait été transmis par succession ou testament.

Nul ne peut perdre sa propriété, sans l'inscription du titre de déchéance.

Pour mieux garantir encore les tiers détenteurs contre les résolutions pour survenance d'enfant, ou contre les actions en nullité ou en rescision, la loi veut, d'une part, que le donateur n'ait contre le donataire qu'une action personnelle; de l'autre, que les actions en nullité ou en rescision soient soumises à une prescription très-courte.

Lorsqu'il s'agit d'un droit litigieux, le prétendant droit peut prendre une inscription provisoire appelée *prénotation*; et, si sa prétention se vérifie, cette prénotation devient inscription définitive avec effet rétroactif au jour de sa date [4].

Les cessions d'hypothèque sont également assujetties à l'inscription, en sorte que les cessionnaires ne courent pas le risque d'être trompés par des transports antérieurs qu'ils ignoraient.

La tenue des écritures est combinée de la manière suivante.

Une *première* colonne contient :

1° La désignation individuelle de la propriété.

De plus son estimation.

L'estimation sert de boussole au prêteur, qui peut calculer avec son secours si les charges qui grèvent l'immeuble lui permettront de rentrer dans ses fonds.

2° Les droits réels, tels que dîmes, droits seigneuriaux, servitudes, etc., dont la propriété est grevée.

Les prénotations.

Cette subdivision de la première colonne détermine l'état de l'immeuble à l'égard des tiers.

La *deuxième* colonne contient :

1° La désignation du possesseur.

2° L'indication de son titre et les restrictions qui le limitent ou peuvent le faire résoudre, telles que réserve d'aliments, faculté de rachat.

Cette deuxième colonne indique l'état de l'immeuble dans ses rapports avec son possesseur actuel, et par elle le créancier ou l'acheteur aperçoit d'un coup d'œil les chances d'éviction qui pèsent sur celui avec qui il contracte.

La *troisième* colonne contient :

1° Les hypothèques dont la chose est grevée.

2° Les cessions d'hypothèque, qui font apercevoir le mouvement de la créance hypothécaire.

3° Les radiations d'hypothèque.

L'inscription hypothécaire s'effectue en indiquant :

Le montant de la créance, même indéterminée;

La nature et la date du titre;

Le taux de l'intérêt;

Le créancier;

Les changements survenus dans la créance par payement partiel ou intégral;

Les changements survenus dans la personne du créancier [5].

Deux tables indiquent, l'une le nom des

[1] §§ 430, 432, édit milanais.

[2] Dans le Code bavarois, la servitude est dispensée de l'inscription (*Thémis*, t. 6, p. 197).

[3] § 445, édit milanais. Code bavarois conforme.

[4] Code bavarois; *Thémis*, t. 6, p. 119.

[5] Ibid., p. 196 et suiv.

propriétés inscrites, l'autre celui des propriétaires.

Par cet aperçu des principes fondamentaux des Codes bavarois et milanais, on voit que le législateur a laissé bien loin derrière lui non-seulement le Code civil français, mais encore la loi de brumaire an 7, que ce même Code avait cependant trouvée trop prodigue de publicité, soit en ce qui concerne la transmission de la propriété, soit en ce qui concerne les hypothèques légales.

Un respect si exclusif pour la publicité la plus absolue, une application si vive et si énergique d'un principe dont nos législateurs n'ont jamais voulu user que partiellement, ne saurait s'expliquer par le seul amour de la logique. Si celui qui donne des lois à un peuple n'était que logicien, il aurait bientôt fait le désespoir de ses sujets, et les hommes qui ont formulé le Code bavarois [1] et l'édit milanais avaient assez de lumières pour savoir que la meilleure législation n'est pas celle qui est la plus fidèle aux règles inflexibles du syllogisme, mais celle qui s'adapte le mieux aux mœurs d'une nation. C'est, en effet, dans les vieux usages de l'Allemagne qu'il faut chercher la source du système dont nous venons d'esquisser les traits principaux. Elle est là tout entière, et non dans des théories imaginées dans le cabinet, et déduites, la dialectique à la main, sans tenir compte de l'état des peuples.

Lorsqu'une nation en est encore à son époque féodale [2], et que l'idée abstraite de morale et d'équité n'a pas encore pénétré dans les profondeurs de la société, le législateur est obligé de frapper les sens grossiers de l'homme par des rites symboliques et des formes palpables, qui gravent dans sa pensée les actes de la vie civile, qui lui en rappellent l'importance, qui l'enchaînent aux obligations qui en découlent. Le droit n'est alors qu'une sorte de drame, où chaque contrat s'exprime par des solennités mimiques, des emblèmes, des paroles sacramentelles, etc., etc. De là, les formalités de l'hommage lige et simple, la procédure si minutieuse des épreuves, l'offre d'un gazon ou d'un fétu pour signifier et opérer la tradition d'un immeuble, et tant d'autres cérémonies semblables, dont le droit était surchargé au moyen âge. Dans l'opinion de cette époque, on ne pouvait concevoir l'aliénation d'un droit par la seule volonté des parties, et sans le secours d'un acte exprimant, par un fait extérieur et allégorique, que l'ancien propriétaire se dépouillait, et que l'acquéreur était investi à sa place [3].

C'est dans ces antiquités du droit féodal qu'est l'origine du nantissement, du vest et dévest, des œuvres de loi, etc., pratiqués d'abord dans toute la France avec des modifications diverses; restreints ensuite à certaines provinces connues sous le nom de pays de nantissement, et toujours maintenues dans la Belgique et l'Allemagne, où les formes féodales se sont perpétuées avec plus de ténacité que partout ailleurs. Sans doute les progrès de la civilisation ont modifié ces formes. Ce qui n'était qu'une procédure réellement en action s'est converti en une procédure écrite; mais le sens en est resté le même; et pour ces peuples, l'aliénation du droit de propriété, partiel ou intégral, n'a jamais pu se détacher de la nécessité d'une tradition imitative, à défaut de tradition manuelle, et d'une manifestation solennelle et éclatante.

On conçoit, maintenant, comment le régime hypothécaire adopté par le Code bavarois a pu facilement s'implanter, sur un terrain de longue main préparé, par l'emploi des formes nationales nécessaires pour la transmission du droit de propriété. Depuis le milieu du siècle dernier, ce régime hypothécaire est en plein usage dans la

[1] Le Code bavarois a été rédigé par M. Goenner, savant jurisconsulte. *Thémis*, t. 6, p. 193.

[2] Sur le caractère des époques féodales ou aristocratiques, voyez l'admirable ouvrage de Vico, intitulé *Scienza nuova* (Science nouvelle), et traduit par M. Michelet.

[3] Vico a mis dans tout leur jour ces vérités si importantes dans l'histoire du droit.

Prusse et dans l'Autriche, et il ne paraît pas qu'il ait éprouvé d'entraves dans sa mise à exécution [1]. Là d'ailleurs, comme en Bavière, la tenue des registres des droits réels est singulièrement simplifiée par l'existence de grands domaines, par l'immobilité dont plusieurs sont frappés à raison de substitutions fidéicommissaires, par une législation sur les successions qui ne tend pas, comme en France, à diviser indéfiniment la propriété [2]. La popularité dont ce système hypothécaire jouit en Autriche dit suffisamment pourquoi l'empereur a voulu l'introduire dans ses États du Milanais.

Bigot a cherché à flétrir ces usages de l'Allemagne et de la Belgique, en les représentant comme le résultat de l'oppression des seigneurs féodaux, qui, afin de multiplier leurs droits de mutations, ont assimilé la constitution d'hypothèque à une aliénation effective, et ont entravé les transmissions de la propriété par mille formalités, pour qu'aucune n'échappât à leur avide surveillance [3]. Mais c'est fausser entièrement la vérité de l'histoire. Que les financiers de la féodalité aient profité dans leur propre intérêt de coutumes qui facilitaient la perception de certains impôts; qu'ils aient même régularisé ces coutumes dans un but d'investigation purement fiscale, c'est ce que je m'empresse de reconnaître. Mais il n'en est pas moins vrai qu'en elles-mêmes, ces coutumes sont indépendantes de leurs inventions, et que leur racine se trouve dans l'intimité même des mœurs du moyen âge [4].

Ce régime hypothécaire, si heureusement pratiqué en Allemagne, une commission législative l'a proposé, le 21 décembre 1827, à l'adoption du conseil représentatif du canton de Genève [5]. Le projet de loi a été rédigé en grande partie par Bellot, conservateur des hypothèques depuis quinze ans. Le rapport, habilement travaillé, ouvrage de M. Girod, contient la critique la plus complète et la plus spécieuse du droit hypothécaire que le Code civil a établi à Genève lorsque ce pays faisait partie de la France. M. Girod lui reproche de s'être placé en arrière de ce que la loi du 11 brumaire an 7 avait ordonné; d'avoir permis aux hypothèques légales des femmes et des mineurs de ne pas se promulguer; d'avoir entièrement négligé les moyens de constater que l'immeuble, objet du contrat et de la garantie, appartient à l'individu qui se représente comme propriétaire, etc.; les dispositions que nous avons vues dans le Code bavarois et dans l'édit milanais sont proposées comme infiniment préférables; l'inscription de tous les droits réels, les prénotations, la publicité des cessions d'hypothèques passent dans le projet de loi, précédées d'un commentaire lumineux pour en faire sentir les avantages; enfin les objections tirées de la grandeur de ces innovations, de l'encombrement des registres, de l'immense responsabilité imposée au conservateur, sont réfutées avec soin, et donnent lieu à deux mesures imposantes : la première, c'est que les inscriptions seront affranchies du renouvellement décennal qui complique inutilement les écritures; la seconde, c'est la création d'une caisse d'indemnité où se puiseront les sommes dues pour vices dans la tenue des registres, et qui sera dotée du dixième de ce que l'État aura reçu pour droits perçus par le conservateur [6]. Je dois faire observer au surplus que ces projets de réforme en sont, à l'heure qu'il est, au point où le rapport de M. Girod les a laissés.

Le projet du Code belge contient des in-

[1] Rapport de M. Girod sur le projet de Code génevois. *Thémis*, t. 9, p. 19.

[2] Jourdan, *Thémis*, t. 6, p. 202.

[3] Locré, *Confér.*, t. 7, p. 80 et suiv.

[4] Je trouve la confirmation de ces idées dans un petit écrit de M. Cooper, qui traite *des formalités extrinsèques des actes translatifs de propriété* (Londres, 1831). Ce savant jurisconsulte anglais reconnaît que les *transcriptions et registrations* en usage chez les peuples du Nord n'ont pas été introduites originairement par une pensée de crédit public, mais bien comme moyen plus prompt et plus facile de remplacer l'ancienne tradition (p. 56, 57).

[5] *Thémis*, t. 9, p. 1 et suiv.

[6] Cet intéressant rapport se trouve dans *la Thémis*, t. 9, p. 1 et suiv.

novations moins larges, mais cependant profondes. Ce projet, présenté en 1824 aux états généraux, devait se coordonner avec un projet de Code civil, dont l'une des bases était que la propriété des immeubles ne pourrait être transférée que par la transcription [1]. Or, pour peu qu'on ait étudié l'histoire du droit, on sait combien de facilités offraient les anciens usages belges pour soumettre à un témoignage public les mutations de droits réels! Quant aux hypothèques considérées isolément, le législateur semble avoir [2] fait tous ses efforts pour rompre les habitudes que la longue existence de notre Code avait fait germer en Belgique. Il propose d'abolir les hypothèques légales du trésor, des mineurs et des femmes, et de n'admettre ces hypothèques qu'autant qu'elles seraient conventionnelles et spéciales. Il entre par là dans le vieux système attesté par Voet [3], et qui n'accordait à la femme aucune hypothèque légale [4]. Il proscrit l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque générale. Il veut que toute hypothèque soit contractuelle, spéciale et publique. Quant aux priviléges, ils doivent cesser d'attribuer un *jus in re;* ils n'ont plus de droit de suite, et n'ont d'effet qu'entre créanciers d'un débiteur commun. Les créanciers privilégiés ne sont préférables qu'aux chirographaires, mais ils sont primés par les créanciers hypothécaires. C'est la résurrection de la théorie du droit romain [5], que le droit français avait depuis bien longtemps renversée. Or, on sait qu'avant la révolution qui a rompu les liens de la Belgique et de la Hollande, le gouvernement du roi Guillaume était loin de venir chercher en France des autorités, et qu'il se laissait diriger par cette pensée « qu'il fallait autant que possible des Codes qui éloignassent les Belges des institutions françaises [6]. »

Aussi, l'un des premiers actes du gouvernement provisoire établi en Belgique lors de la révolution de 1830, a-t-il été de rapporter les projets de Code préparés par les ministres du monarque hollandais; et la révision du système hypothécaire, qu'ils avaient méditée, a été englobée dans cette proscription. La Belgique reste donc soumise au régime hypothécaire du Code civil. Je n'y connais qu'une seule modification, résultant d'une loi du 22 décembre 1828, qui a statué « qu'à partir du 1er janvier 1829, il n'y aurait plus lieu au renouvellement décennal » des inscriptions, portées sur les registres » hypothécaires, en vertu de la législation » en vigueur. »

Mais les tentatives d'innovation qui avaient trouvé la Belgique rebelle, ont été conduites avec plus de succès dans la Hollande séparée de son heureuse rivale. Le gouvernement vient d'y faire adopter, en 1834, le système hypothécaire dont j'ai esquissé tout à l'heure les traits principaux [7]. La propriété ne s'y transmet donc désormais que par le secours de la transcription. La loi ne reconnaît plus d'hypothèques légales, judiciaires et générales. Les priviléges sont primés par l'hypothèque, et n'ont pas de droit de suite. Le privilége du vendeur et du copartageant sont abolis. Une inscription ne peut être déclarée nulle qu'autant qu'elle ne fait pas connaître suffisamment le créancier, le débiteur, la dette ou le bien grevé (arti-

[1] V. la *Revue étrangère*, t. 1, p. 102 et suiv., et surtout p. 641. Nous ne saurions trop recommander au public studieux cet intéressant recueil publié par M. Fœlix.

[2] V. l'analyse que Jourdan a faite de ce projet dans *la Thémis*, t. 7, p. 53 et suiv. Ce jurisconsulte a cru à tort que, dans le nouveau système proposé, l'aliénation de la propriété devait rester sous l'empire des dispositions de notre Code civil.

[3] Lib. 20, tit. 2, n. 20. V. *infrà*, n. 417, note.

[4] Jourdan dit qu'il ne peut deviner les motifs de cette innovation du projet du Code belge, et il se livre à des conjectures assez éloignées, p. 56, 57. Il me semble que les antiquités du droit hollandais expliquent clairement cette privation de l'hypothèque légale.

[5] *Infrà*, n. 18, 19, 20.

[6] *Thémis*, t. 1, p. 90, article sur les Codes nouveaux qui se préparent en Europe. Voyez aussi, même ouvrage, t. 3, p. 188, un passage de l'exposé des principes qui ont dirigé le législateur belge dans la refonte du Code français.

[7] V. la loi tout entière dans la *Revue étrangère*, t. 1, p. 640 et suiv.

cle 1264) [1]. L'inscription conserve l'hypothèque sans renouvellement (art. 1265). Le délaissement est supprimé. Le mode de purgement est soumis à des modifications graves qui ne me semblent pas toujours heureuses; par exemple, la surenchère n'est pas autorisée, et les créanciers restent à peu près désarmés contre les simulations de prix si fréquentes dans nos mœurs.

Toutes ces réformes, réalisées ou projetées en pays étranger, avec plus ou moins d'étendue, doivent avoir pour nous une importance d'autant plus grande, qu'il existe en France une opinion sinon générale, du moins très-imposante, qui tient en grande méfiance le système hypothécaire qui nous régit. Après l'enthousiasme que le Code civil excita à sa naissance, sont venues la réflexion qui a refroidi bien des admirateurs, et la pratique qui a fait naître plus d'un mécompte. La critique a élevé sa voix; et quand elle a eu pour organes des hommes tels que l'infortuné Jourdan, ravi trop tôt à la science du droit qu'il éclairait de la vive lumière de ses aperçus historiques et philosophiques, elle a parlé un langage véhément, incisif, je dirai presque accusateur. Le travail hypothécaire du législateur de 1804 a été immolé sans pitié aux conceptions plus avancées de nos voisins d'Allemagne; l'œuvre de Napoléon, de Portalis et de Treilhard a été stigmatisée, comme chaos d'*éléments hétérogènes, de dispositions inexplicables, d'antinomies insolubles, ne produisant que tourment pour les interprètes et procès pour les justiciables* [2]. Puis, est entré dans la lice un homme que la France pleure encore, Casimir Périer, qui voulut l'ordre avec la fermeté d'un grand caractère, et le progrès avec la maturité d'un génie sage et prudent. Notre système hypothécaire lui avait paru tellement vicieux, qu'en 1827 il ouvrit spontanément un concours, pour indiquer les améliorations qui pouvaient lui rendre la confiance publique, et il créa un prix de 3000 francs pour l'auteur du mémoire qui aurait le mieux atteint ce but.

« Depuis longtemps (écrivait-il aux journaux » le 5 février 1829), tous ceux qui s'intéressent à la prospérité sociale s'affligent » d'en voir le développement entravé PAR » LES VICES DE NOTRE SYSTÈME HYPOTHÉCAIRE, » dont les principaux effets sont d'éloigner » les capitaux des prêts sur immeubles, et » de maintenir la disproportion considérable » et fâcheuse qui existe entre l'intérêt » dans les emprunts sur la propriété, et » celui que présentent les autres opérations » de même nature. Le commerce et l'agriculture » réclament également, dans cette » partie de notre législation, des améliorations » qui permettent d'étendre le crédit » dont l'un et l'autre éprouvent un si grand » besoin, en l'assurant sur la base à la fois » la plus large et la plus solide, sur la valeur » immense de notre sol.

» Frappé de ce fâcheux état de choses, et » désirant contribuer à en avancer le terme, » j'ai proposé, il y a deux ans, les questions » suivantes, en créant un prix de 3000 fr. » pour l'auteur du mémoire qui serait reconnu » les avoir le mieux résolues.

» 1° Quels sont en France les vices et les » lacunes des dispositions législatives et administratives » concernant le prêt hypothécaire?

» 2° Quels sont les obstacles qui s'opposent » à la direction des capitaux vers cette nature » d'emploi?

» 3° Quelles seraient enfin les meilleures » dispositions à établir pour former sur cette » partie le projet de législation le plus complet » et le plus en harmonie avec les besoins » du fisc, ceux des emprunteurs, et » les garanties qu'ont droit d'exiger les prêteurs, » etc.? »

Une législation sur laquelle pèse une improbation venue de si haut, et si solennellement manifestée, ne saurait être absoute ni par le grand nom de ses auteurs, ni par

[1] *V.* mon comm. de l'art. 2146, et ma critique de la jurisprudence de la cour de cassation.

[2] *Thémis*, t. 5, p. 228, 229. Voir aussi, p. 481, et t. 6, p. 193.

les imitations qu'elle a produites au dehors, ni par les apologies incomplètes de quelques-uns de ses partisans [1]. Le gant lui a été jeté ; il faut qu'elle le relève, et qu'elle vienne rendre compte des principes qu'elle a préférés, et des motifs de son option. Cependant jusqu'à ce jour la critique a parlé seule, et la défense est restée muette. Est-ce donc à dire que la cause est définitivement perdue?

Pour moi, je ne veux me constituer ni le défenseur absolu, ni l'adversaire exclusif du régime hypothécaire, objet de tant d'attaques. De grands défauts existent dans le Code; des lacunes fâcheuses s'y font remarquer. Mais, à tout prendre, ses vices ne sont pas tous aussi énormes, ils ne sont pas aussi nombreux que le pensent ceux qui lui reprochent de nuire au crédit dont devrait jouir la propriété foncière. Peut-être que, sous ce dernier rapport, on ne fait pas assez d'attention qu'on veut rendre le régime hypothécaire responsable d'un état de choses qui tient, en partie, à la nature même de la propriété.

Quelque simple qu'on suppose la saisie immobilière, qui est la sanction de l'hypothèque, il faudra toujours des formalités assez lentes et même assez dispendieuses pour arriver à l'expropriation. Le crédit n'est pas le seul qui ait droit à des garanties. La propriété n'est pas moins fondée à en réclamer ; car elle est le plus précieux de ces biens inestimables, pour lesquels l'homme demande à la société toute sa sollicitude. Or, pour que la propriété soit efficacement garantie, il est indispensable que le débiteur, qui l'a offerte comme sûreté, trouve, dans des formalités prudentes, la certitude que ses créanciers n'abuseront pas de sa position, ne s'enrichiront pas injustement à ses dépens, et feront vendre son immeuble à sa vraie valeur. Il faut, de plus, des précautions pour que la brusquerie des prêteurs ne trouble pas violemment la possession des tiers détenteurs, et consente à entrer avec eux en compte de leurs améliorations. Enfin, les créanciers eux-mêmes doivent être rassurés contre la crainte que l'un d'entre eux ne s'empare, sans droit, du gage commun. Tous ces intérêts compliqués et divers ne sauraient être pris en considération sans retarder la rapidité des poursuites, et par conséquent le payement de ce qui est dû.

Il suit de là qu'un inconvénient grave, et découlant nécessairement de la nature même de la propriété, sera toujours inhérent au prêt hypothécaire. C'est que le prêteur ne peut espérer une prompte rentrée dans son capital, si à l'échéance le débiteur ne paye pas volontairement; et cet inconvénient se présente d'autant plus fréquemment, qu'en général ceux qui empruntent sur hypothèque manquent de crédit personnel, qu'on prête plutôt au sol qu'à eux-mêmes, et qu'une dette contractée par un propriétaire foncier en amenant ordinairement une autre, l'expropriation forcée est le terme où aboutit son dérangement. Je ne dis pas que ce résultat soit sans exception. Je suis loin de prétendre qu'il n'y ait aucun prêt hypothécaire qui ne soit fondé sur le désordre des affaires de l'emprunteur; je reconnais même que beaucoup d'emprunts sur gage immobilier sont contractés par des pères de famille possesseurs d'un actif solide. Mais j'ai voulu faire allusion à l'état de choses malheureusement signalé par le plus d'exemples. Presque toujours les propriétaires aiment mieux emprunter que vendre; et quand ils ont emprunté et que le fardeau des intérêts les a mis dans l'impossibilité de restituer la somme, beaucoup préfèrent se laisser arracher le patrimoine qui leur est cher, que de s'en séparer par un sacrifice volontaire. C'est là un résultat de cet amour du sol, qui s'exalte si facilement jusqu'à l'exagération la plus mal entendue, tant il a de profondes racines dans le cœur de l'homme.

Placez au contraire le prêteur en présence d'un commerçant en possession de tout son crédit. Quelle immense différence!

[1] *Dissert. sur le régime des hypothèques*, par M. Hennequin (*Thémis*, t. 4, p. 352 et suiv.). Ce célèbre avocat est loin d'avoir abordé toutes les objections.

Il n'en est pas ici comme du propriétaire inconnu qui, ses titres en main, est obligé de solliciter le secours du capitaliste. Le négociant accrédité n'a pas besoin d'aller au-devant des écus; ce sont eux qui viennent le trouver. Son crédit vaut un titre authentique, son renom égale toutes les garanties. Quiconque a un excédant sur ses revenus, ou un capital disponible, s'empresse de le déposer chez lui, en se contentant du modique intérêt qu'il lui plaît de fixer. Car c'est lui qui dicte la loi, et non lui qui la reçoit; le prêteur se croit même heureux qu'il accepte ses fonds, dont peut-être il ne saurait que faire, et il trouve une compensation suffisante de la diminution du taux des intérêts dans la certitude d'être remboursé sans frais et sans longueur, souvent à sa simple réquisition. Tels sont les avantages de prêter à la personne plutôt qu'à la chose, au crédit plutôt qu'à la propriété. Le vrai crédit personnel est toujours prêt à rendre, la propriété toujours disposée à différer. Le crédit offre sûreté et promptitude, la propriété fait acheter la sûreté par de longs délais. La condition du crédit personnel est donc de l'emporter sur la propriété. Vouloir changer cela, c'est vouloir changer la nature des choses.

Mais cette supériorité du crédit sur le gage immobilier apparaît en caractères bien plus éclatants, quand c'est l'État qui emprunte, et que la sûreté du grand-livre de la dette publique est protégée par l'ordre intérieur, par la paix du dehors, et la fixité de la constitution. De tous les placements de fonds, ceux qui offrent le plus de commodité, de sûreté et d'avantages, sont alors les achats de rentes sur l'État. La facilité des transferts, la puissance de l'amortissement, les chances d'élévation du capital, alors que l'avenir est exempt d'inquiétudes, le payement régulier des intérêts dans les localités les plus reculées, tout concourt à faire affluer les capitaux dans cette direction, et à ralentir les prêts sur hypothèque. Épuisez les combinaisons les plus ingénieuses de la législation, et vous ne pourrez faire qu'un simple propriétaire soit aussi solvable que l'État placé dans une situation paisible, que le crédit d'un seul vaille le crédit de tous. Il faut donc accepter cet état de choses, ou bien se créer des chimères.

L'époque à laquelle Casimir Périer faisait appel aux jurisconsultes réformateurs, était celle d'une fièvre industrielle inouïe dans nos annales, et d'une confiance illimitée dans les fonds publics. La paix ouvrait au commerce de vastes débouchés; l'activité française se portait avec une ardeur impétueuse sur tous les genres de spéculation; la bourse, s'appuyant sur la situation florissante du pays, et sur la confiance qu'inspirait l'avenir, attirait à elle une masse énorme de capitaux, les uns pour se caser paisiblement, les autres pour courir les chances de l'agiotage. N'est-ce pas une conséquence même de cet état prospère, que les prêts sur hypothèques fussent sacrifiés, dans quelques villes de grand commerce, à des placements qui souriaient davantage à la tendance des esprits et aux besoins de la société? Je suis peut-être dans l'erreur; mais je m'étonne que l'esprit juste et profond de Casimir Périer ait imputé aux vices seuls du régime hypothécaire, cette préférence pour des opérations d'un autre genre.

Mais que la chance tourne, que le crédit soit ébranlé, que l'État soit en proie au génie des révolutions : alors les capitaux abandonneront le commerce, les rentes sur le grand-livre seront délaissées, et les prêts hypothécaires auront toute la faveur, parce que, s'ils ne sont pas les plus commodes, ils remplissent du moins toutes les conditions de solidité et de sûreté dont manquent les autres spéculations. Ainsi, chaque remède a sa vertu, chaque combinaison sa revanche et son temps d'opportunité. On a dit des hommes *non omnia possumus omnes*. Il faut le dire aussi des institutions.

Cessons donc de demander à la législation hypothécaire des effets qu'elle ne pourra jamais produire. Cessons de vouloir qu'elle engendre une rapidité dans les transactions, une commodité dans les recouvrements, in-

compatibles avec les formes compliquées qui protégent la propriété; renonçons à exiger qu'elle donne à la personne qui n'a à offrir en gage que son immeuble, et qui ordinairement inspire des soupçons d'embarras pécuniaires, par cela seul qu'elle contracte des dettes, cette confiance qui est l'attribut de celui qui, par ses relations commerciales, sa bonne conduite, son travail et sa réputation, vit du crédit public et commande aux capitaux. Il ne faut pas se heurter contre des impossibilités.

Gardons-nous de croire d'ailleurs que les vices du régime hypothécaire empêchent tellement la machine de fonctionner, que le crédit en est frappé au cœur, et que les capitaux fuient épouvantés les prêts sur immeuble. Je sais que tous les jours on répète (et il est arrivé à Casimir Périer lui-même de le dire) que la direction des fonds disponibles s'éloigne d'une manière notable des placements hypothécaires. Mais cette assertion, quoique sans cesse admise comme point de départ, est d'une incroyable inexactitude, au moins pour la province que j'habite et pour celles qui l'avoisinent. Les renseignements que j'ai pris auprès de notaires éclairés m'ont prouvé que les capitaux abondent dans leurs études pour être employés en prêts sur contrats, tandis que ce sont les emprunteurs qui manquent et ne se présentent pas. Tout propriétaire qui offre un gage est sûr de ne pas attendre un instant l'argent dont il a besoin. Au contraire, celui qui veut placer est obligé de patienter longtemps, et souvent en vain, pour trouver quelqu'un qui veuille traiter avec lui; et ce n'est pas seulement aujourd'hui que ce fait existe, il avait lieu même en 1825, à cette époque d'agiotage et de folles spéculations. Qu'on ne dise donc pas que le crédit échappe tout à fait à la propriété, et que les capitaux ont pour l'hypothèque une invincible répugnance. La vérité est que, malgré le contre-poids du grand-livre, le sol a encore auprès des détenteurs de fonds un large crédit ouvert, un crédit bien supérieur à ses besoins. Il ne faut pas faire le mal plus grand qu'il n'est, et gâter une bonne cause par l'exagération.

Et toutefois, nous ne devons pas nous abstenir de sérieux efforts pour perfectionner cette législation hypothécaire, mal conçue à tant d'égards. Nous avons droit de lui demander si elle remplit son but principal, la sûreté des fonds prêtés; si elle ne trompe pas quelquefois la confiance des capitalistes nombreux qui ont encore foi à ses promesses, malgré les vives et publiques attaques dirigées contre ses défauts; nous pouvons faire des vœux pour qu'elle se débarrasse de formalités inutiles, de lenteurs exagérées qui embarrassent son action. La procédure sur l'expropriation et sur l'ordre doit être simplifiée. Cependant ne nous abusons pas sur la portée de ces réformes. Quelque habiles qu'elles soient, elles ne donneront jamais à l'hypothèque cette allure dégagée, ces armes légères et promptes, qui ajoutent tant de prix au crédit commercial et aux rentes sur le grand-livre [1].

Un bon système hypothécaire ne saurait être conçu, sans se coordonner avec le droit qui préside à la transmission de la propriété. Les rédacteurs du Code civil l'avaient senti, car ils avaient proposé un projet

[1] Plusieurs des propositions qu'on vient de lire ont été contredites par M. L. Wolowski, dans la *Revue de législation et de jurisprudence* (t. 1, p. 43 et suiv.), tribune nouvellement ouverte par ce jurisconsulte à la science du droit. M. Wolowski pense qu'il ne serait pas aussi impossible que je le dis, de donner au prêt hypothécaire la simplicité du coupon de rentes, et il s'appuie surtout sur une institution pratiquée avec succès en Pologne et en Prusse, *les associations territoriales de crédit*. Comme M. Wolowski a plutôt indiqué que développé ses idées dans le premier article qu'il a publié, je ne suis pas assez convaincu pour modifier les miennes. Jusqu'à preuve contraire, la raison philosophique et la raison pratique me feront croire que, tant que le régime hypothécaire sera tenu de pondérer les droits rivaux assis sur la propriété foncière, ce sera une machine compliquée dans ses ressorts et pesante comme le sol qui est son élément. Cependant, si M. Wolowski continue (ce que j'espère) à exposer en détail sa théorie, il me trouvera tout disposé à profiter de ses aperçus et à faire à la vérité le sacrifice de mes opinions.

d'article, d'où il résultait que les actes translatifs de propriété ne pouvaient être opposés à des tiers, quand ils n'avaient pas été transcrits [1]. C'était persister dans le système adopté, après de longues méditations, par la loi de brumaire an 7. Mais cette proposition fut écartée au conseil d'État par l'influence de Tronchet, qui la qualifia de *désastreuse.* Ce jurisconsulte soutint que celui qui achète n'a pas besoin que la loi pourvoie d'une manière particulière à sa sûreté. « Il a les titres sous les yeux, disait- » il. Il peut vérifier la possession du ven- » deur; et ce serait pour se dispenser de cet » examen, qu'on ne craindrait pas de com- » promettre la propriété d'un citoyen, qui » se repose avec sécurité sur un contrat » légal !

» Cette disposition, à la vérité, n'est pas » nouvelle : on l'a empruntée de la loi du » 11 brumaire an 7; mais elle n'y était pla- » cée, comme beaucoup d'autres, *que pour* » *l'intérêt du fisc*, et sans avoir de point » d'appui dans les principes de la matière. » Car comment colorer même une préfé- » rence évidemment arbitraire ou plutôt » évidemment injuste [2]? »

A ces raisons, d'une incroyable légèreté, Treilhard opposait avec force, que l'effet du système de la publicité des hypothèques serait manqué, si l'on n'était pas autorisé à regarder comme propriétaire celui avec qui l'on stipule [3]. Il démontrait qu'entre le prêteur, qui a confié ses fonds dans l'ignorance invincible d'une vente antérieure, faite par son emprunteur, et l'acquéreur à qui il était si facile de faire connaître son contrat, et qui ne l'avait pas fait, il n'y avait pas à hésiter, et qu'il était de toute justice de sacrifier celui qui, par une négligence répréhensible, avait induit en erreur le prêteur que la loi renvoyait aux registres. Mais ce fut en vain. La discussion s'égara sur des points secondaires. On perdit de vue le point principal; on ne sut pas se pénétrer de l'importance qu'il y avait à rattacher le système hypothécaire à un système de transmission de la propriété, protecteur des intérêts des tiers. L'article proposé ne reparut plus, par un retranchement fort difficile à expliquer; car aucune résolution précise du conseil d'État ne le proscrivit. Ainsi donc, l'une des plus grandes questions du régime hypothécaire fut emportée à la faveur d'une omission non motivée, peut-être par suite d'un malentendu, ou d'un escamotage !

Voyons ce qui en est résulté à l'égard des acquéreurs et des prêteurs.

Un acquéreur se présente pour acheter un immeuble. Il vérifie avec soin les titres de son vendeur. Il les trouve en règle. Il purge et il paye. Il se croit propriétaire paisible. Mais tout à coup un acquéreur précédent qui avait tenu son titre caché, et qui ne s'était pas mis en possession, réclame l'immeuble, et obtient qu'il lui soit adjugé. Quel moyen le second acquéreur avait-il de se prémunir contre l'erreur dans laquelle il a été entraîné, puisque le législateur a refusé de soumettre les translations de propriété à la publicité?

Cette hypothèse n'est pas une fiction de l'école, sans exemple dans la pratique. Elle s'est plusieurs fois présentée devant les tribunaux [4].

On a même vu un vendeur recourir à la ruse suivante. Cet individu vend son immeuble avec rétention d'usufruit. Aux yeux des tiers, qui ne peuvent en aucune manière connaître un pareil arrangement, et qui voient la possession se continuer dans les mêmes mains, c'est lui qui demeure toujours le propriétaire de fait et de droit. Mais bientôt, à la faveur de ce piége tendu à la confiance publique, il vend ce même immeuble à un second acquéreur de bonne foi, qui paye son prix sans hésiter. A la mort du

[1] Locré, *Confér.*, t. 8, p. 109.
[2] Ibid., *loc. cit.*
[3] Ibid., *loc. cit.*

[4] Arrêt de Toulouse, 28 déc. 1821. Autre de Nîmes, 11 juin 1807. Autre, d'Anger, 11 nov. 1818 (Decourdemanche, *Danger de prêter sur hypothèque*, p...).

vendeur, l'usufruit se réunissant à la nue propriété, le premier acquéreur, qui est aussi de bonne foi, réclame l'immeuble comme lui appartenant, et, d'après les principes du Code civil, il triomphe dans son action [1]. Évidemment de pareilles déceptions seraient impossibles si, conformément au système de la loi de brumaire an 7, abandonné par le Code civil, les transmissions de propriété étaient soumises à la publicité. Le second acquéreur, éclairé par les registres, n'aurait pas acheté; ou bien, si le premier acquéreur n'avait pas transcrit, il aurait dû porter la peine de sa négligence, et son acquisition aurait été destituée d'effet à l'égard des tiers.

Les mêmes dangers menacent les acquéreurs par expropriation forcée. Je me rends adjudicataire d'un immeuble sur saisie réelle. Mais si, par malheur, cet immeuble avait déjà été vendu à un précédent acquéreur que je ne connaissais pas, et dont la mise en possession n'avait eu rien de public, il pourra m'évincer; et la plus solennelle de toutes les ventes, celle sur adjudication publique, devra être rétractée. C'est ainsi que la question a été jugée, avec raison, par arrêt de la cour de cassation du 18 mai 1810, dans une espèce où les circonstances dont je viens de parler se rencontraient [2]. Sous l'empire de la loi de brumaire an 7, un tel péril n'était pas à redouter.

Ce qui arrive à un acquéreur, pour le fonds même de la propriété qui lui a été vendue, et dont le prive une éviction imprévue, peut aussi se présenter pour un usufruit, pour un droit d'usage ou d'habitation, pour une servitude onéreuse, pour un bail qu'on lui aurait laissé ignorer [3], et qu'il est obligé de supporter à son grand détriment, quand ces charges prennent leur source dans des actes antérieurs à son contrat. Dans tous ces cas, l'acquéreur n'a pas eu la possibilité de se prémunir. L'inspection des titres du vendeur n'a été sous ce rapport pour lui qu'une inutile exploration. On voit donc combien était inconsidérée la proposition de Tronchet, savoir, *que celui qui achète n'a pas besoin que la loi pourvoie d'une manière particulière à sa sûreté.*

L'acquéreur ne se trouve pas dans un embarras aussi invincible, quand c'est par l'effet d'une clause résolutoire qu'il est évincé. Car, en consultant les titres de son vendeur, il a pu s'éclairer sur son existence; il a pu savoir si l'immeuble qu'il a acheté était frappé d'un droit de réméré, si, ayant été donné à son vendeur avec des charges à remplir, celui-ci a prévenu la résolution en y satisfaisant. Une résolution pour survenance d'enfant, ou pour défaut d'accomplissement de charges à venir, une action en réduction de biens compris dans une donation excessive, ne pourront pas le prendre au dépourvu; car, sachant que le bien qu'il achetait provenait originairement de donation, il a dû s'attendre à toutes ces chances, et prendre contre elles ses précautions. Les titres ont pu lui faire connaître aussi si son vendeur était soumis à un recours pour lésion. S'il a acheté un bien indivis, et que ce bien ne tombe pas dans le lot de son vendeur, il doit s'imputer d'avoir pris un immeuble sur lequel ce même vendeur n'avait pas des droits certains. Enfin, les titres des anciens possesseurs, en lui faisant connaître la mouvance, lui ont aussi appris si les acquéreurs successifs avaient soldé leur prix, s'il n'y avait pas de vendeur non payé, si les quittances étaient ou non satisfactoires. Que s'il a eu l'imprudence de ne pas se livrer à cet examen, et qu'il soit inquiété par un vendeur non payé, demandant la résolution de la vente, il doit à la rigueur s'accuser lui-même, beaucoup plus que l'insuffisance de la loi. C'est ici qu'on pourra lui objecter, avec Tronchet : « Vous » avez eu sous les yeux les titres : vous » pouviez vérifier la possession du ven» deur [4]. » Sans doute, cette vérification

[1] Espèce jugée en cassation, 25 juin 1816.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Transcription*, § 3.

[3] Arrêt d'Angers du 15 juillet 1818. Decourdemanche, p...

[4] Locré, *Confér.*, t. 8, p. 109.

est souvent pénible. Il faut remonter le cours de longues années pendant lesquelles les titres peuvent s'être égarés. Néanmoins les jurisconsultes ont dit avec raison : « *Vigilantibus jura scripta sunt.* » Et pour décharger l'acquéreur de cette vigilance, il n'est pas clair qu'on puisse imposer à des tiers des obligations de nature à les gêner.

On peut en dire autant du cas où l'acquéreur a contracté avec un mineur, un interdit, un failli, une femme mariée sous un régime qui lui défend d'aliéner ses biens, un héritier apparent, etc. Il lui a été rigoureusement possible de s'informer de l'état de ceux avec qui il entrait en affaires. Les exemples de déception et d'erreur, qu'offre la jurisprudence [1], n'excluent pas un certain degré d'imprévoyance de la part des acquéreurs.

En exposant les divers risques de l'acheteur, dans les différentes positions où nous l'avons placé, nous avons voulu, avant tout, nous mettre à l'abri des exagérations dans lesquelles il nous paraît que plusieurs critiques sont tombés. C'est le reproche que nous ferons au plus marquant d'entre eux, à Jourdan [2], qui, dans ses vives attaques contre le système du Code civil, n'a pas assez nettement distingué le cas où l'acquéreur se trouve dans l'*impossibilité absolue* de vérifier la condition de son vendeur, de ceux où le même acquéreur n'est arrêté que par de *simples difficultés d'investigation*.

Nous venons de voir les chances de l'acquéreur contre des actions en résolution ou en revendication. Voyons si l'action hypothécaire a aussi pour lui des périls imprévus.

Sous ce nouveau point de vue, on ne peut se dissimuler que l'acheteur ne soit plus efficacement garanti, puisqu'il peut dégager son immeuble par la voie du purgement (n° 913). Il peut même le purger des priviléges et hypothèques existants du chef des précédents propriétaires [3]. S'il ne connaissait pas les femmes et mineurs ayant hypothèque légale sur les anciens possesseurs, ce ne serait pas un obstacle. L'avis du conseil d'État de 1807 lui offre le moyen de purger sûrement. Ce point est encore un de ceux sur lesquels Jourdan a fait à tort le procès au Code civil [4]. Notre loi ne contient à mon avis qu'un vice, et il est majeur; c'est de permettre au vendeur, qui a laissé purger l'immeuble de son privilége, de revenir par la voie détournée de la clause résolutoire (n° 222). Si le purgement peut être rendu inutile par la demande en résolution, à quoi bon l'autoriser avec un luxe trompeur de formalités?

Concluons de tout ceci que dans plusieurs cas importants, la solidité des acquisitions manque de garanties, par l'abandon du système de la loi de brumaire an 7; et que, si le mal n'est pas aussi général que l'ont dit quelques auteurs, il est néanmoins assez grave pour qu'on soit en droit d'accuser le législateur d'imprudence, et d'exiger une réforme également désirée par les esprits

---

[1] Arrêt de cassation, 8 oct. 1806, qui annule une vente faite par un failli (ayant fait cession de biens) à un individu qui ignorait ces circonstances. Arrêt de cassation, 10 nov. 1806, qui annule une vente faite par un failli à un acquéreur de bonne foi (p. 264). Decourdemanche, p...

[2] *Thémis*, t. 5, p. 232, 233, et t. 6, p. 194, 195.

[3] N° 927 de ce Commentaire, art. 2181, 2184, 2186, 2193, Code civil, et avis du conseil d'État de 1807, n. 979.

[4] « Quant aux hypothèques légales dispensées d'inscription, dit-il (*Thémis*, t. 5, p. 233), l'avis du conseil d'État de juin 1807 a rempli une lacune du Code civil, en ouvrant à l'acquéreur une voie pour purger celles qu'il ne pourrait pas connaître. A l'égard des hypothèques inscrites sur le vendeur, il est vrai de dire que l'acquéreur peut s'en garantir. *Il n'en est pas de même des hypothèques* INSCRITES sur les précédents propriétaires de la chose dont l'acquéreur peut ignorer les noms. (Cette assertion me paraît entièrement fausse. *V.* n° 913.) Ce n'est que dix ou vingt ans après la transcription de son contrat qu'il pourra être à l'abri de toute inquiétude. Ce n'est que trente ans après son acquisition qu'il devra être rassuré contre le privilége d'un vendeur sans préjudice des suspensions légales. » Tout cela est inexact. Il est connu de tous qu'on peut purger les hypothèques et priviléges inscrits sur les précédents propriétaires. De plus, si ces hypothèques sont inscrites, comment l'acquéreur pourrait-il ignorer les noms des précédents propriétaires, puisque l'inscription doit faire connaître le nom du débiteur propriétaire?

pratiques et par les esprits spéculatifs [1].

Passons au prêteur.

Si le prêteur n'a pas les moyens de s'assurer que l'immeuble qui lui est donné en gage est la propriété de son débiteur, tout l'effet du système hypothécaire se trouve compromis. Or, nous avons vu que l'absence d'une formalité extérieure destinée à donner effet aux acquisitions à l'égard des tiers, expose le possesseur à se voir enlever par des acquéreurs plus anciens, mais forcément inconnus de lui, l'immeuble qui servait de siége à l'hypothèque : la revendication de cet immeuble fera donc tomber cette hypothèque, et le prêteur qui croyait avoir une garantie satisfaisante deviendra simple créancier personnel. Or, cette disparition soudaine de l'hypothèque est un danger contre lequel le Code civil reste impuissant, et qui paralyserait le crédit entre particuliers, si la plupart des emprunteurs n'avaient la bonne foi de répudier les moyens frauduleux auxquels l'imprévoyance de la loi donne un si facile passage.

Ce n'est pas tout. Supposons que le débiteur soit réellement propriétaire de l'immeuble offert en gage. Mais il a pu en diminuer la valeur actuelle par une concession d'usufruit qu'il a laissé ignorer à son créancier. Et lorsque celui-ci se présente à l'effet de saisir l'immeuble, l'acquéreur de l'usufruit s'oppose à la poursuite en ce qui concerne son droit. Que devient alors l'hypothèque, privée de ce qui faisait sa valeur principale? Ce cas s'est offert dans une espèce jugée par arrêt de la cour de cassation du 15 octobre 1810 [2].

Le possesseur peut faire autre chose. Il peut, avant la constitution d'hypothèque, consentir un bail d'une longueur démesurée, et se faire payer d'avance un grand nombre d'années de fermages. Celui qui ensuite prend cet immeuble à hypothèque, ignorant l'existence d'un pareil bail, voit ses intérêts compromis de la manière la plus grave, par des causes contre lesquelles il ne lui a pas été possible de se prémunir. Ce cas s'est présenté devant la cour de Paris [3], et il est même assez fréquent dans la pratique.

Le créancier peut encore être trompé par l'existence ignorée d'une antichrèse, et par une cession de plusieurs années de fruits faite par anticipation (*infrà*, n. 778) ; évidemment toute supercherie deviendrait impossible, si l'antichrèse et les cessions de fruits étaient soumises à la publicité pour pouvoir être opposées aux tiers.

D'autres perplexités attendent encore le créancier.

Prête-t-il à un homme marié?

En supposant qu'il connût sa qualité et qu'il eût vu son contrat de mariage, il ignorera la quotité fixe de la somme pour laquelle l'épouse a hypothèque légale; car cette somme est éventuelle, elle se compose d'éléments divers, que l'avenir peut modifier, tels que successions à échoir, indemnité pour dettes qui pourront être contractées, indemnité de propres qui pourront être aliénés, etc. Si le créancier fait un calcul approximatif, et que les reprises de la femme viennent à être plus fortes qu'il ne l'avait prévu, la place qu'il croyait avoir lui échappera, et son hypothèque sera inutile.

Quelquefois le mariage est précédé de plusieurs jours par un contrat de mariage qui n'a rien de public pour les tiers; c'est cependant à l'époque de ce contrat que remonte l'hypothèque de la femme (n° 579). Or, le prêteur qui confiera ses fonds dans l'intervalle du contrat et de la célébration du mariage, et qui, ignorant ce qui s'est passé, croira avoir contracté avec un célibataire exempt d'hypothèque, verra le défaut de publicité lui enlever la garantie sur

[1] Les notaires du Havre ont adressé au ministre de la justice, le 31 octobre 1834, une pétition tendant à obtenir le rétablissement de la transcription. Je les remercie d'avoir pensé que mon opinion peut avoir quelque influence sur la solution de cette question importante. Mais j'aurais désiré qu'ils eussent cité mes paroles avec plus d'exactitude.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Transcription*, § 3.

[3] Arrêt du 3 déc. 1824, n° 777 *ter*, sur l'art. 2166.

laquelle il avait cru pouvoir se reposer.

Si le créancier confie ses fonds à un tuteur, il trouve devant lui une créance pupillaire, dont il ne lui est possible de connaître l'étendue que par des calculs approximatifs presque toujours trompeurs.

Autre cas. Je prête à Pierre que je sais être marié, et je ne m'attends qu'à l'hypothèque légale de sa femme. Mais voilà que cette femme, veuve d'un premier mariage et tutrice des enfants qu'elle en avait eus, avait conservé l'administration de fait, sans convoquer un conseil de famille, pour faire décider si la tutelle lui serait conservée. Or, on sait que, d'après l'art. 395 du Code civil, le mari est responsable de toutes les suites de la tutelle, et que, par une conséquence nécessaire, l'hypothèque légale du mineur s'étend sur ses biens (n° 426). Me voilà donc primé par une hypothèque peut-être fort considérable, qui n'était pas entrée dans mes prévisions.

Les mêmes dangers pèsent sur moi si je prête à un individu qui, à mon insu, gère les intérêts d'un mineur comme tuteur de fait (n° 421).

Ce n'est pas tout : une source de déceptions irréparables se rencontre dans les cessions d'hypothèques légales, qui sont affranchies d'inscription, d'après la loi actuelle (n°s 565, 609, 644). Tant que ces cessions ne seront pas publiques, il arrivera qu'une femme qui aura fait des cessions clandestines de la totalité de son hypothèque, se créera cependant un crédit fallacieux par l'appât qu'elle continuera à offrir à d'autres prêteurs, de la participation à une hypothèque légale déjà absorbée à leur insu.

Parlerai-je ensuite de l'inégalité de condition qui existe entre le créancier privilégié et le prêteur sur hypothèque? Celui qui place ses fonds sur un gage immobilier est exposé à être primé par un vendeur qui ne s'était pas encore fait inscrire, par un copartageant qui se trouve dans le même cas, par un architecte inconnu, par des créanciers ayant privilége général, par les créanciers qui demandent séparation de patrimoine.

Puis, viennent les embarras du concours des hypothèques générales avec les hypothèques spéciales (n° 752), les pénalités contre les inscriptions défectueuses (art. 2146), la gêne du renouvellement décennal des inscriptions (art. 2154), les précautions poussées à l'excès pour l'indication des immeubles et les abus de la spécialité (n°s 514, 539), la dureté du législateur contre les hypothèques consenties dans les dix jours de la faillite (art. 2146), les inconvénients qu'il y a à ce que le débiteur puisse diminuer le gage hypothécaire par des constitutions de droit d'usage, de servitude, de cessions de fruits, et autres droits, qui n'ont pas de suite (n° 777), les longueurs de l'expropriation (n° 795), l'insuffisance de la transcription pour mettre les créanciers en demeure de s'inscrire, etc... (n° 900).

Tout ceci donnera la preuve que tantôt le législateur n'a pas donné au prêteur toutes les garanties qu'il lui avait promises; que tantôt il lui a fait trop chèrement acheter l'avantage de la publicité; qu'enfin en présence d'intérêts nombreux que le Code avait à combiner, ce n'est que rarement qu'il a fait pencher la balance en faveur du créancier.

En somme, de grandes défectuosités existent donc dans la loi, tant en ce qui regarde l'acquéreur qu'en ce qui concerne le prêteur. Elle pouvait les protéger plus qu'elle ne l'a fait; elle devait sous certains rapports entrer plus franchement dans les voies salutaires de la publicité. Mais ce n'est pas à dire pour cela que, dans d'autres circonstances, elle ait eu tort de faire prédominer sur les droits hypothécaires d'autres droits plus favorables. C'est ici qu'un sage éclectisme doit guider la marche de la critique.

Une réforme qui, à mon avis, doit précéder toutes les autres, c'est l'établissement d'une formalité extrinsèque, véhicule d'une grande publicité, et destinée à opérer la translation des droits de propriété à l'égard des tiers. L'abandon du système de la loi de brumaire an 7, sur l'aliénation des droits réels, est la véritable cause du trouble qui se fait remarquer dans tout le système hy-

pothécaire du Code civil, et de l'incohérence qui règne dans plusieurs autres de ses parties [1]. On a vu tout à l'heure dans quel dédale d'embûches inévitables cette absence d'une tradition publique de la chose aliénée jette les acquéreurs et les prêteurs. Par là le système hypothécaire s'est trouvé frappé au cœur. Car, bien qu'en fait les exemples de fraude n'aient pas été peut-être aussi fréquents que pouvaient le faire supposer l'incurie et la mollesse de la loi, néanmoins la crainte existe. Elle paralyse beaucoup d'opérations de prêt, elle refroidit le crédit particulier.

On objectera peut-être que cette législation, qui me paraît grosse de tant d'inconvénients, n'a cependant pas empêché que d'immenses opérations ne se soient faites sur la propriété ; que c'est précisément depuis la promulgation du Code civil qu'ont pris naissance ces nombreuses acquisitions de vastes domaines, revendues ensuite en détail, morcelés en petites fractions, et mis à la portée du modeste capitaliste des campagnes. Mais je répondrai que si ce grand et heureux résultat a été obtenu, c'est malgré les défauts du Code civil, et par l'effet de causes si puissantes, que l'imperfection de la loi n'a pu comprimer leur action. D'une part, les opérations d'achats et reventes en détail ont présenté jusqu'à ce jour des bénéfices tellement considérables, qu'on a pu négliger les chances de pertes, qui se tirent du défaut de publicité des droits réels ; d'autre part, l'amour de la propriété a jeté de si profondes racines et fait tant de progrès, que ce sentiment n'a pas toujours calculé les dangers auxquels il s'exposait en se réalisant. Le cultivateur économe, comme il y en a en France un nombre infini, fait consister toute son ambition, ou à devenir propriétaire, ou à agrandir le patrimoine de ses pères. Lorsque par ses sueurs il a conquis une modique somme d'argent, son premier besoin, son unique désir c'est d'acheter un champ. Les jeux de bourse, les prêts commerciaux, lui sont inconnus. Homme de travail et de peine, il ne cherche pas même à utiliser son capital par un placement hypothécaire qui lui donnera 5 pour 100 d'intérêt, sans rien faire. Ce gain ne suffit pas pour lui. Il aime bien mieux acheter un morceau de terre qu'il cultivera lui-même, et qui le payera bien plus largement de tous ses sacrifices. En un mot, un placement en biens immobiliers est le seul auquel il aspire, parce qu'il répond à toutes ses habitudes, parce qu'il satisfait tous ses goûts d'occupation, parce qu'il lui offre la plus grande somme de bénéfices. Voilà dans quelles prédispositions il faut chercher la cause du grand mouvement imprimé depuis plusieurs années aux opérations sur la propriété. Les spéculateurs ont exploité un penchant sage et moral, que la révolution de 89 a fait naître dans la classe agricole, en l'associant à la propriété ; ils ont ouvert à son esprit d'ordre et d'économie une voie nouvelle pour se satisfaire. Mais si la confiance dans le sol s'est trouvée plus forte que jamais, ce n'est pas au système du Code sur l'aliénation des droits réels qu'il faut en faire honneur ; car il a beaucoup fait pour la compromettre et la dégoûter. Ainsi donc, que d'heureux symptômes auxquels ce système est étranger ne fassent pas illusion au législateur ; qu'il ne s'endorme pas sur des dispositions dont les inconvénients sont palpables, et qui auraient pu faire beaucoup plus de mal encore, si la nation n'était meilleure que ses lois. Dans un moment où la division des terres sauve la France des horreurs de l'anarchie, c'est presque pour le législateur un devoir de reconnaissance de constituer la propriété sur ses bases les plus solides, et de la dégager des entraves qui pourraient éloigner d'elle la confiance des hommes prudents et des calculateurs.

Mais quelle est cette formalité que nous sollicitons, et au moyen de laquelle les aliénations de droits réels seront mises au grand jour ?

Les Codes bavarois et milanais, et le projet de Code génevois ont adopté l'inscrip-

[1] Ces incohérences ont été relevées par Jourdan, dans une dissertation sur la translation du droit de propriété, t. 5, p. 481.

tion. Ce mode a paru plus en harmonie avec l'instrument de publicité en usage pour l'hypothèque; on l'a trouvé le plus simple possible, sans rien ôter à la clarté. On a pensé qu'il permettait d'arriver à une plus grande régularité dans les écritures, en ce qu'il facilite le moyen de mettre en regard, dans le même registre, les aliénations de droits réels et les constitutions d'hypothèques.

Au contraire, la loi de brumaire an 7 avait donné la préférence à la transcription: je pense qu'elle la mérite sous plusieurs rapports.

L'inscription est un acte délicat, qui peut se trouver vicié par une omission, une négligence; elle consiste dans un résumé attentif de circonstances capitales, dont l'énonciation doit être à la fois brève et scrupuleuse. Or, ce résumé peut facilement pécher par une inexactitude; et dès lors les droits les plus précieux se trouvent compromis.

Ce danger n'est pas à craindre dans la transcription, qui consiste dans la copie littérale et matérielle de l'acte qu'on veut rendre public.

La transcription résout de plus, de la manière la plus simple, une difficulté grave que fait surgir le système des inscriptions.

Posons un exemple pour la faire mieux comprendre;

Je suis propriétaire de l'immeuble A, et je le donne à Pierre avec charge de retour. Pierre, en inscrivant son acquisition, omet de faire mention de la charge qui la grève. Puis il vend à Jacques, qui achète et paye son prix. Moi, dont le droit de retour n'a pas été mentionné sur les registres, serais-je non recevable à m'en prévaloir contre l'acquéreur?

Les Codes à inscription ont décidé cette question contre le propriétaire originaire; leur règle invariable est que tout droit réel non inscrit n'a pas de suite contre les tiers [1].

Cependant l'application rigoureuse de ce principe à celui qui, en aliénant une chose, ne fait que retenir sur elle un droit éventuel, me paraît souffrir de grandes objections.

En effet, cet individu qui, en se dépouillant, se réserve seulement un faible débris du droit de propriété plein et entier qu'il avait auparavant, ne paraît pas avoir d'intérêt à poursuivre une inscription; car l'inscription n'est nécessaire que pour acquérir.

Le prétexte du crédit entre particuliers, qu'on met en avant pour le sacrifier au tiers détenteur, n'est qu'illusoire. Ce tiers détenteur n'a pas acheté sans consulter les titres. Or là il a vu écrits, en caractères éclatants, les droits qu'il conteste aujourd'hui. Sa confiance n'a donc pas été trompée, et le crédit entre particuliers n'a pas éprouvé d'atteintes. Autant vaudrait dire qu'on force le cédant à remplir une formalité gênante, pour dispenser le tiers détenteur de lire les titres de son vendeur! Si du reste le cédant a pu être négligent en ne s'inscrivant pas, le tiers détenteur l'a été encore plus en ne portant pas un examen attentif sur les titres qui établissent la généalogie de l'immeuble.

Adoptez au contraire la transcription, et tous les intérêts se trouvent conciliés. De deux choses l'une, ou l'acquéreur transcrit, et la transcription littérale du contrat faisant connaître exactement tous les droits que le cédant s'était réservés, les maintient dans leur intégrité; ou il n'y a pas de transcription, et alors le cédant, restant propriétaire de la chose, à l'égard des tiers (n° 276), peut à plus forte raison la revendiquer sur eux par droit de retour, clause résolutoire ou autrement.

Ce système est aussi le seul qui concilie rationnellement les droits du vendeur non payé et ayant privilége sur le prix, avec les besoins de la publicité. Par l'inscription vous limitez le droit de propriété, que le vendeur est censé conserver sur l'immeuble tant qu'il n'est pas satisfait; vous faites dépendre ce droit d'une formalité pour ainsi dire arbitraire : car, pour rester pleinement pro-

[1] *V.* le projet de Code génevois, *Thémis*, t. 9, p. 7.

priétaire tel qu'il était avant la vente, il n'avait rien à faire ; et voilà que pour être quasi-propriétaire (ainsi qu'il le demeure par le non-payement du prix), vous l'obligez à remplir une formalité dont l'omission peut le ruiner ; à celui qui pouvait le plus, vous imposez des conditions pour faire le moins. En un mot, il ne fait que disposer de sa chose, et vous le traitez comme s'il en faisait l'acquisition. Aussi a-t-on été fort embarrassé, dans cet ordre d'idées, pour organiser la publicité du privilége du vendeur. On lui permet de s'inscrire jusqu'au dernier moment, ce qui par conséquent soustrait la connaissance de son privilége aux créanciers à qui l'acquéreur a donné hypothèque sur l'immeuble (n° 279). D'où il suit que, dans ses décevantes promesses, le législateur a fait espérer aux prêteurs que l'inscription leur ferait connaître le privilége, tandis qu'en réalité il a permis de le tenir dans l'ombre. Il s'est témérairement engagé à une chose qu'il n'a pu tenir.

Toutes ces contradictions, tous ces embarras n'existent pas dans la loi de l'an 7. Car, faisant dépendre l'aliénation de la transcription, il en résulte que si la formalité est remplie, le privilége peut agir dans toute son énergie ; si elle est négligée, le vendeur reste propriétaire. La publicité est satisfaite, puisque la transcription annonce hautement le privilége ; le droit de propriété ne l'est pas moins, puisque les droits du vendeur ne sauraient jamais être compromis.

Toutes ces considérations me déterminent donc à préférer la transcription à tout autre mode de publicité. Seulement, je voudrais, pour plus de régularité, que le conservateur fût tenu à faire une inscription d'office sur le registre des inscriptions. Par là, l'objet des législations allemandes se trouverait rempli ; et en même temps, on réunirait les garanties plus efficaces de la transcription, à des ménagements ingénieux pour des droits sur lesquels ces législations ont fait peser une trop grande sévérité.

Ce n'est pas seulement pour les transmissions entre-vifs que les jurisconsultes réformateurs ont demandé une entière publicité [1] ; c'est encore pour les transmissions à cause de mort, et leurs idées ont été consacrées par les Codes milanais et bavarois.

La loi du brumaire an 7 me paraît s'être renfermée dans de plus justes bornes, en n'exigeant pas de solennités extérieures pour ce genre d'acquisition. Voici pourquoi :

Quand nous nous sommes associé aux vœux des amis de la publicité, pour demander que la lumière vînt éclairer les acquisitions de droits réels, nous avons été dominé par le désir de préserver les acquéreurs et les prêteurs des fraudes qui pouvaient éloigner leur confiance ; or ces fraudes, que nous avons signalées, ne sont possibles que par le concours de deux actes entre-vifs, émanés du même propriétaire, et portant aliénation de la même chose, ou diminution de son importance et de sa valeur. Quant aux transmissions à cause de mort, elles ne peuvent jamais offrir de pareilles armes à la mauvaise foi.

Pierre est propriétaire de l'immeuble B ; s'il fait un testament dans lequel il le donne à Jacques, et que postérieurement il me le vende, je n'aurai pas à craindre l'effet du testament antérieur ; car la vente faite à mon profit l'a révoqué en cette partie. Il en serait tout autrement si la donation de l'immeuble A eût été faite par acte entre-vifs. L'ignorance dans laquelle Pierre m'aurait laissé sur l'existence de cet acte aurait trompé ma bonne foi et compromis mes intérêts. Donc, dans un bon système de transmission de droits réels, tout acte entre-vifs doit être publié, afin d'avoir effet à l'égard des tiers. Mais à quoi bon publier un testament ?

Les mêmes résultats se trouvent quand Pierre, au lieu de disposer par testament de la totalité de l'immeuble, a seulement disposé d'un de ses démembrements. La vente pure et simple faite postérieurement révoque la disposition.

Pour exiger la publicité des dispositions à

[1] Jourdan, *Thémis*, t. 5, p. 244. Girod, de Genève, *Thémis*, t. 9, p. 5.

cause de mort et des transmissions par droit de succession, on ne peut donner d'autre raison que l'utilité de faire connaître la généalogie des propriétés, et de dresser en quelque sorte des registres de l'état civil de tous les biens.

Mais ce motif n'est pas assez prépondérant pour donner au législateur le droit de déroger à la maxime nationale *le mort saisit le vif*, et pour faire dépendre la saisine des héritiers d'une prise de fait antipathique à nos mœurs. Celui qui prête à un héritier, ou qui veut acheter un bien de la succession, a toutes les facilités possibles de connaître la mouvance, en se faisant mettre les titres sous les yeux. L'inscription n'est pour lui qu'un renseignement supplétif, dont les avantages sont trop secondaires pour les faire acheter par des entraves à la transmission des biens. Je conçois cependant que, dans les pays étrangers, où toute acquisition de droits réels ne peut s'opérer que par un acte extérieur d'investissement, issu des vieilles habitudes féodales, on ait profité de cet état de choses pour le lier à un système d'écriture qui permette de mettre au grand jour la filiation des propriétés. Mais les principes de notre droit français s'opposent à cette innovation : nos précédents y répugnent tous. Le crédit entre particuliers n'y trouve pas assez de garanties, pour qu'on l'impose aux héritiers. D'ailleurs, la loi sur les successions divise tellement en France le patrimoine des familles, qu'à peine les registres pourraient suffire aux inscriptions qui viendraient les encombrer.

Avant d'en finir sur la transcription, nous dirons un mot d'une question controversée parmi ceux qui la réclament. Faut-il fixer un délai pour la transcription, de telle sorte que cette formalité, étant accomplie pendant ce délai, produise un effet rétroactif à la date de l'acte translatif de propriété ; ou bien la transcription ne doit-elle produire d'investissement qu'à compter du jour où elle est faite dans les bureaux du conservateur ?

La loi de brumaire an 7 ne fixait pas de délai ; elle s'en rapportait à la diligence des acquéreurs. C'est ainsi que le Code civil n'a accordé aucun laps de temps pour les inscriptions hypothécaires. C'est la date de l'inscription, qui seule fixe l'ordre de préférence, de même que sous la loi de brumaire la date des transcriptions déterminait la priorité des acquisitions.

Depuis que le Code civil nous régit, aucune réclamation ne s'est élevée sur les dispositions dont nous venons de parler. C'est que l'expérience les a jugées bonnes. Or, ce précédent est assez grave pour résoudre la question à l'égard de la transcription.

On objecte, à la vérité, que s'il n'y a pas de délai accordé pour transcrire, la prééminence d'un acquéreur sur l'autre sera le prix de la course, et que l'acquéreur plus récent, qui achètera dans la localité, siége du bureau des transcriptions, primera l'acquéreur plus ancien, qui en sera éloigné. Mais cet inconvénient est plus que compensé par un embarras plus grave, qui résulte du système opposé. Si le législateur donne un certain délai, les tiers qui contracteront pendant cette dispense temporaire d'inscription courront risque d'être trompés sur l'état de la propriété ; ils seront placés dans une ignorance fâcheuse du droit de leur vendeur ; ou bien ils voudront attendre pour traiter, que le délai soit expiré, et dès lors les affaires seront paralysées, et le moment opportun de vendre ou d'emprunter pourra s'évanouir.

Il résulte de ces observations que la loi de brumaire an 7, par sa sagesse et la juste mesure de ses combinaisons, doit avoir chez nous la préférence sur tous les autres systèmes connus. Il n'y a qu'un seul point sur lequel elle soit restée en arrière des législations allemandes. C'est qu'elle n'a ordonné que la transcription des *actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque*, tandis què toutes les aliénations de démembrements quelconques de la propriété, tels que servitudes, droit d'usage ou d'habitation, baux, etc., doivent être connus. Il faut que les mêmes précautions qui protégent les uns contre les autres les créanciers hypothécaires du même débiteur, viennent préserver des

embûches de la mauvaise foi les acquéreurs du même vendeur. Par ce moyen, celui qui achète ne craindra pas la concurrence d'acheteurs latents, qui viendraient le dépouiller; celui qui prend un immeuble à hypothèque n'aura pas à redouter que son débiteur soit évincé par des ayants droit porteurs de titres plus anciens. Enfin, ni l'acheteur ni le prêteur ne seront exposés à souffrir des diminutions de l'immeuble dont ils n'ont pas eu connaissance lors du contrat; tous les droits réels qui pèsent sur les immeubles seront connus, sans que le droit de propriété éprouve des gênes ou des atteintes.

Une seconde réforme, sur laquelle nous nous séparerons ouvertement des partisans absolus de la publicité, c'est l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. Nous pensons que, sous ce rapport, le Code civil répond mieux que tous les autres systèmes aux besoins de la société, aux principes du droit, aux règles de la logique.

La discussion qui s'éleva à cet égard dans le sein du conseil d'État, et qui fit triompher le sage éclectisme que nous défendons, est un modèle de force, et une source de lumières. Cambacérès, Portalis, Bigot, y portèrent leur esprit net et judicieux; le premier consul y jeta ces aperçus profonds qui signalent le génie. On a dénigré le système; mais on n'a jamais répondu aux arguments victorieux sur lesquels il repose.

Ses adversaires ne veulent voir qu'un côté de la question, la facilité des prêts hypothécaires; c'est à cela qu'ils exigent que tout soit immolé. Mais il est un autre point de vue plus moral et plus grand, l'intérêt de la famille et de l'État, qui seraient ébranlés si les dots des femmes et le patrimoine des mineurs n'étaient mis à l'abri des dissipations et des larcins. Voilà l'intérêt qui fut défendu avec énergie au conseil d'État. On posa ainsi la question : faut-il que les prêteurs, qui peuvent dicter la loi du contrat, soient traités plus favorablement que les femmes et les mineurs, qui ne peuvent pas se défendre? Ramenée sans cesse à ces termes par la vigoureuse dialectique du premier consul, la solution du problème ne pouvait être douteuse, et il fut décidé que *la sûreté de la femme et du mineur devait être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs* [1]; rien ne saurait ébranler ce résultat, si conforme aux règles de la justice.

Voyez l'inconséquence des partisans de l'inscription. Ils croient l'ordre public intéressé à ce que les femmes et les mineurs aient une hypothèque légale [2], et cependant ils veulent faire dépendre cette hypothèque d'un acte supplétif, dont l'omission la rendrait sans effet. C'est évidemment créer d'une main ce que l'on détruit de l'autre. Si la femme et le mineur sont incapables de stipuler une hypothèque à leur profit, la même incapacité les accompagne pour prendre l'inscription qui doit la compléter.

On croit répondre à cette objection insoluble, en proposant de mettre en mouvement de nombreux agents, pour procurer l'inscription. Mais n'est-ce pas une criante injustice, de subordonner la conservation de droits si précieux à la diligence de mandataires dont le zèle imposé d'office peut sommeiller, et de faire retomber leur négligence sur la femme et sur le mineur? Qu'on charge du fardeau de l'inscription les juges de paix, les employés de l'enregistrement, les notaires, les parents et amis, les subrogés tuteurs, les officiers du ministère public, etc., etc.; on n'arrivera jamais à un système rassurant [3]. Fréquemment on se marie sans contrat de mariage. La tutelle des père et mère se prend sans solennités publiques. Où trouver alors les surveillants qu'on charge de prendre l'inscription? Dans tous les cas, ces personnes privilégiées, que la loi veut environner d'une faveur spéciale,

[1] Locré, *Confér.*, t. 8, p. 190.

[2] *Voy.*, par exemple, les observations de Jourdan sur le projet de Code belge, qui abolit les hypothèques légales.

[3] Berlier, l'un des partisans de la publicité des hypothèques légales, finit par reconnaître que le mode d'inscription de la loi de l'an 7 était défectueux, et qu'il était difficile d'arriver à une théorie qui garantît que l'inscription serait prise avec fruit.

n'auront autour d'elles, par la nécessité de s'inscrire, que des sujets d'appréhension, des causes de désastres. Leurs représentants, quelque vigilants qu'on les suppose, ignorent le plus souvent la situation des immeubles qu'il faut grever de l'inscription. Le mari et le tuteur chercheront à les dérober à leur connaissance ; la plus grande partie du gage immobilier de la femme et du mineur restera soustraite à l'hypothèque. Mieux eût valu ne rien faire pour eux, que de leur offrir un présent si funeste.

Mais achevons de démontrer tout ce qu'il y a de téméraire à la fois et d'impuissant dans le système des partisans de l'inscription.

Si l'on ne veut une inscription que pour faire savoir au public que tels et tels immeubles appartiennent à un homme marié ou à un tuteur, il faut avouer qu'on se donne bien du mal et qu'on met en péril bien des intérêts, pour constater un fait qui le plus souvent n'est pas ignoré de ceux qui veulent acheter ou prêter, et qu'au surplus ils ont toujours moyen de vérifier. Le point important que l'inscription doit atteindre, c'est de faire connaître la quotité des sommes pour lesquelles l'hypothèque est acquise. Sans cela, il n'y a plus qu'une publicité bâtarde; le bilan des fortunes reste inconnu, et la confiance publique n'est pas satisfaite. Les législations allemandes l'ont bien senti ; car elles ont voulu que l'inscription fût inefficace, si elle ne contenait pas une évaluation de toutes les créances quelconques indéterminées.

Mais, si l'on n'a pas conspiré *à priori* la ruine des femmes et des mineurs, comment peut-on exiger, en présence du contrat de mariage, tel que le Code civil l'a sagement organisé en France, en présence de notre système de tutelles, une indication irrévocable du montant des droits de ces personnes, lorsque ces droits dépendent d'une foule d'éventualités, de l'ouverture imprévue d'une succession, des comptes de fruits à échoir, de remploi de propres qui seront aliénés, d'indemnités, pour dettes qui seront contractées, etc.? Avec ces inconvénients désastreux et irremédiables qui accompagnent l'inscription, osera-t-on mettre en balance ceux qui résultent de la dispense d'inscription?

Le mariage et la tutelle constituent dans la société un état public. La notoriété s'attache à leur existence. Les tiers sont inexcusables de l'avoir ignoré. C'est une règle de prudence élémentaire, que l'on doit toujours vérifier et constater l'état de celui avec qui l'on contracte. Cette recherche peut quelquefois être épineuse; mais elle n'offre rien d'impraticable, tandis qu'il ne faut pas oublier qu'en matière d'inscription des hypothèques légales, on lutte contre de radicales impossibilités.

Le prêteur a de plus des moyens de parer aux inconvénients qui s'attachent à l'indétermination des créances des femmes et des mineurs.

Il peut exiger que la femme renonce à son hypothèque légale sur l'immeuble qui lui est offert pour garantie de l'argent qu'on lui demande; la restriction de l'hypothèque du mineur, obtenue conformément à l'art. 2143 du Code civil, est aussi un secours que la loi met à sa disposition.

Enfin rien ne l'oblige à prêter. Il est moins nécessaire qu'il y ait des emprunts que des mariages et des tutelles.

On prétend que la dispense d'inscription dont jouit la femme dans le système actuel, est souvent la cause du désordre de ses affaires, parce que les créanciers ne prêtent au mari qu'en la forçant à s'obliger solidairement avec lui [1]. Mais, comme le faisait très-bien observer Bigot, « ce mal se rencontre dans tous les systèmes. » Quoi qu'on en dise, et ici nous empruntons la pensée du premier consul, les hypothèques de la femme seront bien plus certaines si, pour les conserver, il lui suffit de ne pas y renoncer, que s'il lui fallait, pour en obtenir l'effet, agir et prendre inscription. Beaucoup de femmes refusent avec fermeté de signer

[1] Jourdan, *Thémis*, t. 5, p. 230. Treilhard, *Confér.* Locré, t. 8, p. 181.

tout acte qui peut compromettre leur dot. Bien peu sont capables de faire des démarches et de conduire leurs affaires.

Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a offert qu'un nombre limité de cas où l'on ait vu des prêteurs pris au dépourvu par les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Par l'effort de la pensée, on a pu, jusqu'à un certain point, les multiplier; mais la pratique ne réalise pas toutes les possibilités qu'entrevoit la théorie. Au contraire, la mise à exécution de la loi de l'an 7 souleva des réclamations générales en faveur des femmes, et l'expérience prouva que cette classe, formant une moitié de la société, avait été en grande partie dépouillée, sans retour, de ses biens [1]. Il est échappé à Jourdan de dire que les cours d'appel avaient presque unanimement demandé le maintien pur et simple de la loi de brumaire [2]. C'est là une grande erreur. Sur trente tribunaux d'appel, huit seulement, ceux de Paris, Lyon, Bruxelles, Rouen, Caen, Douai, Grenoble et Montpellier, demandèrent la préférence pour cette loi [3]. Au fond, je ne veux pas nier que la dispense d'inscription ne soit l'occasion de bien des entraves. Mais toute cette discussion doit être dominée par ces deux vérités qui répondent à tout : l'une, que le prêteur, en possession de toute sa capacité civile, ne peut aspirer à la même protection que les femmes et les mineurs, qui sont incapables; l'autre, que le prêteur peut, par sa prudence et par les moyens que la loi met à sa portée, corriger les désavantages de sa position, tandis qu'au contraire l'obligation de s'inscrire ne produirait pour les femmes et les mineurs que des vices incorrigibles et des maux irréparables.

Nous avons examiné, sans parti pris pour aucun système exclusif, les deux questions vitales du régime hypothécaire, savoir la transcription, et la dispense d'inscription de certaines hypothèques privilégiées. Nous avons cherché à porter dans cette grave controverse cet esprit d'impartialité qui permet de choisir librement entre les idées les plus contraires, d'emprunter à chaque opinion ce qu'elle a d'applicable, et de former de la fleur de chaque système une large théorie, qui résume tous les progrès vers lesquels ils tendent. Pour les autres améliorations à introduire dans le régime hypothécaire, comme elles ne sont que secondaires, il sera plus facile de s'entendre.

Au premier rang, l'on doit placer l'inscription des cessions d'hypothèques légales ou non légales; cette inscription est exigée dans les Codes hypothécaires allemands. La nécessité en est si généralement comprise en France, qu'il devient inutile de s'y arrêter plus longtemps.

L'art. 2129 doit être mitigé; il exagère le principe salutaire de la spécialité; il en fait une gêne et un piége. Les désignations minutieuses de l'immeuble qu'il exige dépassent les bornes du nécessaire. Il veut, en outre, que celui qui hypothèque tous ses biens présents les indique nominativement. Mais à quoi bon ce détail? si un nouveau prêteur se présente, ne sera-t-il pas assez éclairé quand il saura que celui qui lui demande ses fonds a déjà assuré hypothèque sur l'universalité de ses biens présents? En matière de constitution d'hypothèque, comme en matière d'inscription, il ne doit pas y avoir de nullité sans grief. Il ne faut pas que l'omission d'une formalité qui n'a pas causé de préjudice, serve aux desseins avides de tiers qui spéculent sur la ruine d'un créancier dont les droits sont aussi sacrés que les leurs. Sans cette règle, le régime hypothécaire, au lieu de provoquer la confiance, ne sera qu'une arène de chicanes, qui effrayera la bonne foi.

L'influence des faillites sur les priviléges et les hypothèques doit aussi fixer l'attention du législateur. Dans les observations que nous a suggérées l'art. 2146 du Code civil, nous avons cherché à en faire sortir,

[1] Cette assertion de Bigot n'a pas été démentie; elle est même accordée par M. Girod, dans son rapport au conseil représentatif de Genève (*Thémis*, t. 9, p. 19).

[2] *Thémis*, t. 5, p. 228.

[3] Bigot, Locré, t. 8, p. 109. Réal, *id.* La cour de cassation opina comme ces cours.

par l'interprétation, des adoucissements à la position des créanciers hypothécaires ou privilégiés. Mais le législateur doit aller plus loin; il doit opérer des réformes importantes dans cette partie du régime hypothécaire.

L'art. 2146 défend de consolider, par une transcription ou une inscription faite dans les dix jours qui ont précédé la faillite, des priviléges acquis par des actes antérieurs. Cette disposition, contraire au système de la déclaration de 1702 et de la loi de brumaire an 7, est vicieuse. J'en ai développé les raisons au n° 650. La faillite doit laisser les priviléges dans le droit commun, et je crois que mes réflexions sur l'art. 443 du Code de commerce (voyez n° 653), qui est venu empirer l'art. 2146 du Code civil, ont achevé de mettre cette vérité dans tout son jour.

L'art. 2146 défend aussi l'inscription des hypothèques dans les dix jours de la faillite, bien que la cause de ces hypothèques soit antérieure; c'est, à mes yeux, une révoltante injustice. Ici, en effet, toute idée de fraude, de concert dolosif, doit être écartée. La source de l'hypothèque est pure. Pourquoi donc veut-on lui défendre de se compléter?

C'est, dit-on, pour empêcher que certains créanciers ne puissent, dans le désastre commun, acquérir des garanties au préjudice des autres; sans quoi, les premiers informés primeraient les plus éloignés, et la préférence serait due à la proximité des distances.

Ces explications ne sont pas soutenables. Si le désastre commun doit faire peser un égal niveau sur tous les créanciers, il faut, logiquement parlant, annuler toutes les causes de préférence quelconque, détruire les hypothèques les plus authentiquement consolidées, renverser les droits les plus solennellement acquis. Si l'on n'ose pas aller jusque-là, je ne conçois pas qu'on ait la hardiesse de porter la main sur les hypothèques obtenues, quoique non inscrites, avant les signes précurseurs de la faillite. Ces hypothèques sont un bénéfice qui doit être respecté. Elles forment une garantie légitimement acquise : elles ont droit à se compléter, parce que, leur origine étant sincère, leur complément ne saurait être frauduleux. C'est en vain que certains créanciers se plaindraient de se voir devancés par d'autres plus promptement informés du dérangement du débiteur commun. Leurs réclamations seraient sans doute légitimes, si c'était la faillite ou ses avant-coureurs qui missent en demeure de prendre inscription. Mais il n'en est pas ainsi. Les délais pour s'instruire s'ouvrent dès le moment que le contrat a été passé ou le jugement obtenu; chacun est libre dès lors d'en profiter, et les retardataires ne doivent accuser qu'eux-mêmes d'être restés en arrière. Si l'ouverture de la faillite a accéléré quelques inscriptions, il ne faut pas que leur jalousie s'en offense. Ils pouvaient la prévenir par leur diligence. Ils savaient que la moindre lenteur, à compter de l'acquisition de l'hypothèque, pouvait la faire descendre de son rang.

Veut-on se placer dans le vrai, et concilier équitablement les droits de la masse, avec les droits de préférence acquis à des tiers? Il faudra prendre pour guide la déclaration de 1702, et se borner à enlever leur effet hypothécaire aux obligations stipulées, et aux sentences rendues dans les dix jours de la faillite publiquement connue. Le gagiste qui se serait nanti dans ce délai serait aussi sans privilége. Je dis la faillite *publiquement connue*. En lisant ce que j'ai écrit au n° 656, on se convaincra de l'importance et de l'utilité de cet amendement.

Ces modifications conduiraient à une autre réforme dans l'art. 2146; ce serait d'abroger la disposition qui défend de prendre inscription sur une succession bénéficiaire (n° 657). Le législateur doit se montrer attentif à dégager le système hypothécaire de tout ce qui peut jeter les créanciers dans des mécomptes imprévus, et dans des pertes qui ne sont pas de leur fait.

Que dirons-nous du renouvellement décennal des inscriptions, et de la suppression de cette disposition par le projet du Code

genevois, et par la loi belge du 12 décembre 1828?

On est forcé de convenir que l'art. 2154 du Code civil, imaginé pour faciliter les recherches sur les registres, a fait en revanche pulluler les procès; les recueils d'arrêts en sont remplis. Il n'est pas un cahier mensuel de Dalloz ou de Sirey qui n'en contienne plusieurs. Beaucoup de déchéances ont frappé des créanciers qui se reposaient sur leurs anciennes inscriptions; d'autres ont perdu leur rang, parce que leurs inscriptions renouvelées étaient imparfaites. Enfin des difficultés sans nombre se sont élevées sur la question de savoir à quelle époque les inscriptions ont atteint leur effet, de manière que leur renouvellement soit devenu inutile [1].

Une durée de trente ans donnée à l'inscription diminuerait la source de ces déchéances, et rendrait les litiges bien moins fréquents.

La facilité des recherches, qu'on a voulu obtenir en forçant le créancier à renouveler, n'est pas assez démontrée pour laisser subsister une obligation si périlleuse, et qui par conséquent refroidit la confiance dans les prêts hypothécaires.

Souvent les inscriptions renouvelées ne font pas mention des inscriptions précédentes. Si cependant on veut savoir si elles ont été rajeunies en temps utile, il faut remuer laborieusement une masse énorme de volumes, pour retrouver les anciennes, et faire le calcul des dates. Par là, on se trouve forcément enlacé dans le dédale qu'on avait voulu éviter. D'autres inconvénients se présentent encore; et je laisse M. Girod les signaler dans son rapport au conseil représentatif de Genève [2]. « La nécessité, pour » le conservateur, à chaque demande de » certificat contenant les charges dont un » immeuble est grevé, de parcourir tous les » volumes au milieu desquels se trouve cette » multitude d'inscriptions primitives et re» nouvelées, augmente considérablement » les chances d'erreur ou d'omission dans le » travail de compilation.... D'un autre côté, » le certificat du conservateur, surchargé de » cette multitude d'inscriptions primitives » et renouvelées, toutes destinées à dire la » même chose, et qui la répètent sans avan» tage pour qui ce soit, devient un volume » dans le fatras duquel on se perd, et une » pièce qu'on paye d'autant plus cher, qu'elle » est plus obscure et plus propre à induire » en erreur. »

Il n'entre pas dans mon plan de développer des vues sur l'expropriation forcée; car ceci demanderait un travail particulier. Mais je proposerai quelques moyens équitables de la rendre inutile dans certains cas. On doit, autant que possible, retrancher du régime hypothécaire tout ce qui peut consommer inutilement en frais le gage commun [3].

Si le tiers détenteur est en même temps premier créancier hypothécaire, et que son dû absorbe visiblement la valeur de l'immeuble, les créanciers postérieurs ne doivent être admis à requérir l'expropriation forcée, qu'autant qu'ils donneront bonne et suffisante caution de faire monter l'adjudication à si haut prix que le créancier tiers détenteur sera payé intégralement de ce qui lui est dû (n° 803). Ce moyen n'a peut-être pas besoin de l'intervention du législateur pour être pratiqué. Néanmoins, si l'on croyait la jurisprudence incompétente pour l'introduire (ce que je ne pense pas), il devrait trouver sa place dans un régime hypothécaire économe des frais de justice.

Lorsqu'un créancier est premier en date, il faut lui assurer le droit de prendre l'immeuble à dire d'experts, à moins que les créanciers postérieurs ne préfèrent s'engager, sous caution, à faire adjuger l'immeuble à si haut prix que ce créancier plus ancien

[1] *Voy.* le com. sur l'art. 2154.

[2] *Thémis*, t. 9, p. 26.

[3] Un travail fait au tribunal de Nancy sur trente saisies et dix-neuf ordres, prouve qu'il a fallu, dans la plupart des cas, plus de dix-sept mois au créancier, avant de rentrer dans son capital, et que les frais ont été, terme moyen, de 800 francs. Un pareil état de choses est effrayant pour les capitalistes, et écrasant pour la propriété !

sera payé intégralement, déduction faite de tous frais d'expropriation : c'est ce qui se pratiquait dans l'ancienne jurisprudence (nº 795). Les principes de notre législation moderne résistent à cet usage; mais de grandes raisons d'équité élèvent la voix en sa faveur.

J'ai parlé de l'inconvénient qu'il y avait à ce que le débiteur pût diminuer la garantie hypothécaire de son créancier par des payements de fermages anticipés (nº 777). Dans l'ancienne jurisprudence, ces payements anticipés ne valaient, à l'égard des tiers ayant droit de suite sur l'immeuble, que pour un an. Il conviendrait d'adopter cette disposition, qui couperait court à beaucoup de fraudes.

On se plaint des difficultés que présente le concours des hypothèques générales et des hypothèques spéciales. Il faut convenir cependant que la jurisprudence pratique a trouvé moyen de concilier assez heureusement l'indivisibilité de l'hypothèque générale avec les droits que les hypothèques spéciales doivent conserver les unes à l'égard des autres, en raison de leur ordre chronologique (nº 752). Mais il arrive souvent que les créanciers, étrangers aux secrets de la science du droit, négligent, par ignorance, de prendre les précautions ingénieuses qui sont nécessaires pour qu'ils soient subrogés à l'hypothèque générale qui les prime et qui vient s'apesantir sur eux. Le payement avec subrogation, qui est le pivot de cette substitution du créancier qui n'a qu'une hypothèque spéciale, au créancier à l'hypothèque générale qui vient absorber son gage, ne se présente pas toujours à la pensée de celui qui manque des conseils des hommes de loi. Quelquefois même il peut n'avoir pas les fonds disponibles pour faire ce payement, et alors son droit périt, et il a la douleur de se voir sacrifié, tandis qu'un autre créancier postérieur, ayant hypothèque spéciale sur un autre immeuble que par hasard l'hypothèque générale aura ménagé, sera payé intégralement, quoique à l'époque à laquelle il a contracté avec le débiteur commun, il eût dû compter sur un actif moins considérable. Le législateur fera donc une chose réclamée par l'équité, s'il déclare qu'il y aura *subrogation légale* au profit du créancier à hypothèque spéciale, dont le gage a été absorbé par une hypothèque générale antérieure. Muni alors de ce secours, ce créancier répartira son action, de manière que les hypothèques spéciales les plus récentes soient sacrifiées aux plus anciennes (nº 758). Il n'y a pas un jurisconsulte qui ne désire que l'art. 1251 du Code civil soit augmenté de la disposition que je propose. C'est un besoin si impérieux, que les arrêts ont quelquefois cherché à le satisfaire [1] en se mettant au-dessus de la loi.

On ne négligera pas, non plus, de s'occuper du mode de collocation des créances éventuelles qui ont hypothèque sur plusieurs immeubles, et qui, dans l'état actuel des choses, ont droit à se faire colloquer éventuellement autant de fois qu'il y a d'ordres ouverts pour le prix des immeubles hypothéqués (nº 959). Pour remédier à cet inconvénient, qui paralyse la libération du débiteur, retarde indéfiniment la collocation utile des autres créanciers, et met des entraves au crédit entre particuliers, on devrait peut-être apporter une exception à l'art. 2161, et autoriser, dans ce cas, la réduction de l'hypothèque aux seuls immeubles nécessaires pour garantir avec certitude le recouvrement de la créance éventuelle. Cette exception, que je ne voudrais pas étendre à d'autres espèces, est vivement sollicitée ici par la nature de la créance dont l'échéance, subordonnée à des événements incertains et quelquefois fort éloignés, tient en suspens, par un contre-coup fâcheux, des droits certains et pressés de se réaliser.

A ces modifications, on pourrait joindre celles que le Code napolitain s'est appropriées, et que j'ai rappelées ci-dessus. Des perfectionnements de détail pourraient être introduits dans la rédaction de quelques articles du Code, qui se ressentent de la pré-

[1] Arrêt de Rouen, rapporté nº 758.

cipitation qui a présidé à la confection de la loi, et de la lutte des principes contraires dont elle est née [1]. Peut-être qu'alors de cet ensemble de réformes, étrangères à tout esprit de système et puisées dans la nature des choses, on pourrait faire sortir un régime hypothécaire plus parfait que celui qui nous gouverne.

Mais, à cette heure, au milieu des événements qui nous pressent [2], sera-t-il permis au législateur de tourner ses méditations vers ces paisibles débats de la science? Verrons-nous renaître bientôt ces moments de calme, où la solution des grandes questions politiques laisse une place ouverte aux discussions sans aigreur, qui éclairent les intérêts civils? Personne ne fait des vœux plus sincères que nous, pour que la France, déchargée du poids de sinistres préoccupations, ait enfin quelques loisirs à consacrer à des travaux que le fracas des révolutions épouvante, que l'ambition bruyante semble dédaigner, mais qui jamais ne s'ajournent sans malaise pour la société. La marche du temps n'influe pas moins sur le développement du droit civil, que sur les progrès du droit public. Le crédit entre particuliers a ses crises, comme le crédit des gouvernements; la famille se modifie comme les constitutions, la propriété comme les États; et toutefois, par une injuste préférence, tous les efforts des esprits livrés aux affaires publiques semblent se concentrer aujourd'hui sur le mouvement politique, oubliant qu'il est d'autres nécessités non moins chères à l'humanité, non moins dignes d'être satisfaites. Espérons que le législateur ne restera pas en arrière de ces exigences, et qu'averti de sa lenteur par les tentatives d'amélioration opérées en Europe, depuis un quart de siècle, par des gouvernements amis du droit civil, il payera aussi sa dette à la France, avide de marcher à la tête de tous les perfectionnements. De bonnes lois sur les hypothèques, sur les expropriations et sur les faillites, sont les premiers ouvrages que réclame de lui l'un des principaux éléments de la prospérité nationale, celui qui aspire à jouir dans la législation civile un rôle de jour en jour plus important, je veux parler du crédit commercial et privé, également éclairé sur ses besoins par de brillants succès pendant quinze années d'ordre et de paix, et par des revers terribles pendant deux années de perturbation et d'angoisses. Doter de pareilles lois l'industrie et la propriété, serait un honneur pour le ministre qui les aurait conçues, et qui saurait disposer les esprits à les discuter mûrement. Pour le législateur, il y a aussi des lauriers à cueillir dans la carrière du droit civil. Rome a gouverné le monde plus longtemps par ses lois que par ses victoires. Nos conquêtes sur l'Europe ont péri; mais nos Codes, encore vivants chez l'étranger, sont là comme des monuments, pour attester que la France est toujours le foyer des lumières et la reine de la civilisation [3].

---

[1] J'en ai indiqué une partie aux nos 238, 266 *bis*, 286, 291, 386, 633 *ter*, 781, 782, 793, 917, 965, 978 *ter*.

[2] J'écrivais ceci au mois de septembre 1832.

[3] M. Persil, garde des sceaux, vient de donner un signal de bon augure pour l'avenir, par la présentation d'un projet de loi pour réformer le régime des faillites (1834-1835). Il était digne de ce jurisconsulte savant et consommé dans la pratique des affaires d'entendre le vœu de l'opinion publique. Espérons que cette première tentative fortifiera le gouvernement dans la pensée de réaliser les améliorations prudentes que réclame l'expérience, et qu'il se regardera comme débiteur envers nous, pour la session de 1836, d'une loi sur la saisie réelle, la plus urgente de toutes, sans comparaison, aux yeux de ceux qui veulent l'économie des frais de justice, la promptitude dans la procédure, et la sûreté des créanciers. D'ici là, et lorsque cette plaie de tous les jours sera guérie, les esprits auront peut-être le temps de se préparer à la révision du régime hypothécaire, qui soulève des questions bien plus graves et bien plus hardies, questions vitales au milieu desquelles il sera si difficile, tant que les idées ne seront pas mûries par de fortes études, de tenir exactement la balance entre le progrès et le bouleversement, entre les améliorations et la destruction de ce qui existe.

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XVIII.

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

ARTICLE 2092.

Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers.

SOMMAIRE.

1. Le principe, *Qui s'oblige oblige le sien*, est du droit naturel. Dissentiment à cet égard avec Toullier.
2. Celui qui s'oblige n'oblige pas son corps, si ce n'est dans des cas d'exception. *Quid*, dans le droit des époques aristocratiques? Ce qu'on doit entendre par *droit naturel*. Mauvais sens souvent attaché à ces expressions.
3. Objet de ce commentaire. Difficultés qu'il présente.

COMMENTAIRE.

1. Je n'adopte pas l'opinion de Toullier, qui semble croire que ce n'est que depuis l'établissement de l'état civil que les biens d'un débiteur sont devenus le gage commun de ses créanciers [1]. Aussi loin que je remonte dans les annales des peuples, et même en me reportant par une fiction de la pensée à cette époque plus idéale [2] qu'historique où l'occupation seule faisait le droit du possesseur, et où la propriété purement viagère ne s'appuyait pas encore sur l'hérédité; il me paraît qu'une loi dictée par la conscience, *non scripta, sed nata lex*, devait commander au débiteur aussi sévèrement aujourd'hui de satisfaire à ses engagements par tous les moyens en son pouvoir, et devait permettre au créancier de l'y contraindre en s'emparant des biens *qu'il possédait*. La nature et la raison indiquent cette marche. C'est celle qui se pratique,

[1] Toullier, t. 6, nº 402.

[2] Est-ce le *droit civil* qui a créé la propriété et l'hérédité de la propriété? ou bien la propriété et l'hérédité sont-elles de *droit naturel?* Ce n'est pas ici le lieu de traiter ces graves questions. Je me bornerai à dire que c'est, à mon avis, une grande erreur que de supposer qu'il a fallu *une loi civile* pour fonder la propriété et la rendre héréditaire. Toute époque antérieure à l'établissement de la propriété et de l'hérédité est fabuleuse.

par le seul instinct du droit primitif, dans les pays les plus éloignés du flambeau de la civilisation.

Notre article ne fait donc que déclarer une de ces lois que la puissance législative ne fait pas, mais qu'elle trouve créées par un pouvoir antérieur, et qui ont leurs racines dans les entrailles de l'humanité.

2. Il arrive quelquefois que l'obligation du débiteur se résout en moyen de contrainte non-seulement par saisie des biens, mais encore par saisie de sa personne [1]. Dans les législations des peuples barbares, qu'une singulière confusion a fait regarder longtemps comme plus rapprochées du droit naturel, la contrainte par corps est ordinairement prodiguée avec une sorte de luxe impitoyable. La férocité des créanciers s'exerce sur les débiteurs par des actes sanguinaires ou par les tortures de l'esclavage; les châtiments les plus durs ne sont pas considérés comme étant trop forts pour maintenir la bonne foi dans les emprunts et prévenir les fraudes des débiteurs. La loi des Douze Tables (art. 2059) punissait de mort celui qui était en retard de satisfaire à ses obligations; et, dans les vieilles mœurs gauloises, franques et féodales, le créancier avait une espèce d'hypothèque sur la personne du débiteur : il pouvait le réduire à l'esclavage, et le vendre ou l'échanger comme un vil animal [2]. Dans ce système, la tête et la liberté de l'obligé répondent en premier ordre de son exactitude à payer sa dette. Si l'on saisit les biens, c'est comme accessoire de la personne mise à la dispositions du créancier [3]. *Qui confisque le corps confisque les biens.*

Mais chez les peuples que la civilisation a mis en possession du véritable droit naturel, de ce droit qui s'identifie avec l'équité et tous les sentiments humains, un ordre inverse préside aux garanties que la société assure aux créanciers. La personne de l'homme y est sacrée, et sa liberté y est estimée à trop haut prix pour devenir à tout propos la rançon de ses promesses pécuniaires. Ce n'est que dans quelques cas extrêmement rares que l'utilité publique autorise l'usage de la contrainte par corps; ce moyen d'exécution y est plutôt considéré comme un sacrifice douloureux et exceptionnel, fait à certaines exigences sociales, que comme un droit découlant naturellement des obligations. En première ligne et toujours, les biens du débiteur sont affectés à l'accomplissement de ses engagements; en seconde ligne seulement et dans des circonstances très-limitées, sa personne doit répondre de ce qu'il a promis.

Telle est la théorie du Code civil [4]. En général nul citoyen n'est tenu de satisfaire par corps à ses obligations, même les plus téméraires. Ses biens seuls peuvent faire l'objet des poursuites de ses créanciers. Ce n'est que par exception, et dans des cas que leur gravité place dans un rang à part, qu'il est permis de recourir à la *contrainte corporelle* qui prive de la liberté.

3. Je dois traiter, dans ce commentaire, des droits que les obligations produisent sur les biens du débiteur, du développement de cette maxime fondamentale, *Qui s'oblige oblige le sien;* de ses combinaisons avec le système des priviléges et des hypothèques; et des intérêts si compliqués qui en découlent pour les créanciers et pour les tiers investis par le débiteur des propriétés déjà affectées à ses engagements. Cette matière est vaste et difficile. Elle a toujours été considérée comme une des plus épineuses du droit; et, malgré la clarté que le Code civil a répandue sur elle, on peut dire qu'elle est encore hérissée d'assez d'embarras pour appeler les méditations des jurisconsultes.

---

[1] *Pand.* de Pothier, t. 1, p. 12, tab. 3, *de rebus creditis.*

[2] Formules de Marculfe, appendice, form. 16e. Dom Calmet, *Notice de Lorraine*, v° *Épinal*, p. 388. Marchangy, *Gaule poétique*, t. 2, p. 229.

[3] L. 15, Dig. *de adopt.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 725, n° 250.

[4] Ici, comme ailleurs, le Code civil est plus rapproché du droit naturel qu'aucune autre législation.

ARTICLE 2093.

Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

ARTICLE 2094.

Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et hypothèques.

SOMMAIRE.

4. Définition du *gage* que l'art. 2093 donne de plein droit aux créanciers. En quoi il diffère du *gage* véritable.
5. Nécessité de joindre à l'obligation personnelle une obligation pour affecter les biens principalement.
6. Contrat de gage par nantissement ou antichrèse.
7. Incommodité de cette espèce de gage qui entraîne dépossession. De l'hypothèque. Son origine grecque. Son introduction à Rome par le préteur.
8. Elle est plus commode et affecte la chose aussi réellement que le gage.
9. Raison de la préférence du créancier hypothécaire sur le créancier personnel.
10. Objections réfutées.
11. L'école *saint-simonienne* nie la légitimité de la préférence hypothécaire, qu'elle accuse de faveur odieuse et d'immoralité. Peu de sérieux de ces reproches.
12. Les priviléges sont aussi des causes de préférence.
13. S'il n'y a ni priviléges ni hypothèques, on partage au marc le franc.
14. Égalité entre les créanciers personnels.
15. Résumé du système du Code sur la manière dont les biens répondent pour la personne.
16. Fin de l'hypothèque, du privilége et du droit des créanciers sur les biens. Différence entre l'action hypothécaire à Rome et l'action hypothécaire en France.

COMMENTAIRE.

4. La règle que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers est le corollaire du principe posé dans l'article précédent : *Qui s'oblige oblige le sien* [1].

---

[1] Il faut remarquer que les dispositions des art. 2092 et 2093 n'appartiennent pas à la matière des hypothèques proprement dites. Ce sont des principes généraux de droit, dont le premier n'est qu'une paraphrase de la maxime ancienne : *Qui s'oblige oblige le sien;* dont l'autre, loin d'être un corollaire de cette maxime, énonce un principe tout à fait distinct et indépendant du premier. L'art. 2093 a pour objet de faire comprendre qu'à moins de causes légitimes de préférence, telles que le privilége ou l'hypothèque, les créanciers n'ont entre eux qu'un droit de concours, au marc le franc et par contribution, sur le produit des biens du débiteur, leur gage commun, sans que l'un puisse au préjudice de l'autre prétendre à davantage, sous prétexte par exemple qu'il aurait le premier saisi le gage commun; cette priorité dans l'action ne lui donne plus aucun droit de préférence : c'est donc pour exclure, dans ce cas, l'application de la règle : *Qui potior est tempore, potior est jure*, qu'est formulé l'art. 2093. Troplong explique parfaitement d'ailleurs le sens et l'esprit de cet article dans les nos 13 et 14 *infra*.

L'hypothèque proprement dite, considérée comme droit, n'est pas le bien du débiteur déclaré garantie ou gage de la créance. Grenier, dans son traité, a beaucoup insisté sur l'importance de cette distinction, par les soins qu'il a pris de donner la définition exacte de l'hypothèque. On doit se défier, dit-il, de plusieurs définitions de l'hypothèque; même de celles qu'on trouve dans quelques lois romaines, d'après lesquelles on comprenait sous la dénomination d'*hypothèque* le fonds même qui y était affecté. L'hypothèque est définie ainsi dans ces lois, *res obligationi supposita;* et on voit Cicéron, dans une de ses épîtres, employer en ce sens le mot *hypotheca*. La définition que je donne présente seule la véritable acception légale sous laquelle il faut entendre l'hypothèque. Elle est la seule qui soit propre à la déduction des principes. Il est important de la fixer avec exactitude. On verra, en effet, dans la suite, que la solution de plusieurs questions se puise dans la justesse de la définition. Pour avoir une définition parfaitement exacte et complète de l'hypothèque, selon le droit romain, il faut la prendre partiellement dans plusieurs lois; elle ne se trouve entièrement dans aucune. Neguzantius, jurisconsulte italien qui a fait, dans le XVIe siècle, un traité estimé sur cette matière, et surtout sous le rapport des principes du droit romain, lequel traité a pour titre : *De pignoribus et hypothecis*, a extrait de ces lois une définition dont l'exactitude est incontestable. Il la rend en ces termes : *Et quia hypotheca constituitur desuper rebus, ideo dicitur, jus in re, seu jus reale vel actio realis, quia per illam non obligatur persona debitoris, sed res, et sequitur fundum et datur contra possessorem.* Le fondement de cette définition se tire de la L. *eos* au Cod. *qui pot. in pign. hab.;* de la L. *pignoris*, au Cod. *de pign.;* de la L. *pignoris* ff. même titre; des Inst. *de act.*, § *item*, *Serviana* et de la L. *si fundus*, § *in vindicatione* ff. *de pign.*

Basnage, *Traité des hypothèques*, ch. 6, avait, quoique

Mais ce gage, donné aux créanciers, a des caractères qu'il est important de saisir. Il est bien loin d'être de la même nature que celui qui s'opère par la tradition, et que le débiteur remet entre les mains du créancier pour sûreté de sa créance. Il offre bien moins de solidité et de sûreté.

Le gage, constitué par la voie du nantissement ou de l'antichrèse, entraîne avec lui le dessaisissement de la chose par le débiteur et la mise en possession du créancier. Par ce moyen, les droits de ce dernier acquièrent une garantie qui les met à l'abri des subterfuges de la mauvaise foi; car, à défaut de l'engagement principal, le créancier a dans ses mains un dépôt assuré sur lequel il peut se faire payer par les voies légales. Ce créancier a pressenti que la personne du débiteur ne lui offrait pas une caution suffisante de solvabilité : aussi ne s'est-il pas contenté d'un recours direct contre lui; il a voulu s'assurer un droit dans la chose elle-même. Ainsi il a deux actions bien distinctes, l'une *personnelle* pour forcer le débiteur à payer, l'autre *réelle* pour recourir sur la chose, indépendamment de la personne [1].

Au contraire, celui qui stipule un engagement purement personnel, et qui ne se réserve aucun droit exprès sur la chose, ne peut actionner que la personne du débiteur. A la vérité, si ce débiteur manque à ses engagements, le créancier pourra exercer une action sur les biens mobiliers et immobiliers, par suite du principe : *Qui s'oblige oblige le sien*. Mais il y aura une différence très-remarquable entre son droit et celui du créancier gagiste. Il n'aura d'action sur les biens qu'à raison de la personne, et parce que ces mêmes biens sont un accessoire attaché à la personne obligée. Mais si le débiteur aliène, le lien qui unissait la propriété à la personne étant rompu, et la chose étant entrée dans le domaine d'un autre propriétaire, le créancier sera sans droits pour l'y poursuivre. D'où il suit que, si le créancier personnel a dans les biens de son débiteur un gage légal, ce gage ne subsiste qu'autant que le débiteur reste propriétaire des biens. Il dépend de ce dernier de le diminuer par des aliénations. Au contraire, le créancier qui s'est fait investir d'un droit réel est à l'abri de ces caprices. La chose lui est obligée non pas à cause de la personne du débiteur, non pas comme un accessoire, mais en vertu d'un droit qui la saisit principalement. Peu lui importent les mutations des propriétaires. Son droit réel est ineffaçable. La chose lui répond directement, sans qu'il s'inquiète de poursuivre la personne.

5. Les créanciers vigilants ont donc facilement senti que leurs intérêts seraient à tous moments compromis, si, mettant toute leur confiance dans ce gage incertain que leur offre la possession par leur débiteur de biens sujets à aliénation, ils ne prenaient les moyens de se constituer sur ces mêmes biens des droits inhérents à la chose et indépendants des vicissitudes et des mutations des personnes. On ne s'est donc pas contenté d'obligations purement personnelles; car elles ne sont pas toujours solides; et on a trouvé plus de sûreté dans les obligations réelles : « cherchant, dit Basnage, à s'assu-» rer à la fois sur la personne et sur les » choses [2]. »

6. Le contrat de gage par nantissement ou antichrèse dut se présenter naturellement un des premiers [3] comme un de ceux qui offrait le plus de sûreté, puisque le créancier *appréhendait* [4] la chose pour sa garantie.

7. Mais cette manière de contracter fut trouvée incommode, surtout à l'égard des immeubles. Il était fâcheux en effet pour le débiteur de se dessaisir de la possession de son fonds. D'ailleurs, si ses besoins le mettaient à même de contracter beaucoup de prêts, ses héritages étaient soumis à des

---

ce fût seulement d'après deux des lois citées ci-dessus, réduit ainsi la définition de l'hypothèque : *Jus reale quod fundum sequitur adversus quemcumque possessorem*. Cette définition approche de celle de Neguzantius, mais elle n'est pas aussi parfaite et elle ne fournit pas des idées aussi étendues et aussi utiles pour la décision de beaucoup de questions. Mais il dit ensuite de l'hypothèque, ce qu'il n'est pas inutile de recueillir, *qu'étant une fois valablement contractée, elle affecte tellement le fonds, que le débiteur ne le peut plus engager au préjudice du premier créancier hypothécaire*. Pothier, *Introd. au titre 20 de la coutume d'Orléans*, nos 1 et 22, dit que l'hypothèque est un droit *dans la chose*, ce qui est le *jus in re*. Toutes ces définitions reviennent à celle qui est contenue dans l'article 2114 du Code civil, et elles l'ont même préparée. *Traité des hypothèques*, no 4. (*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Le caractère des droits *réels* et *personnels* a été expliqué avec beaucoup de clarté et de sagacité par le duc de Broglie, l'un des esprits les plus élevés et les plus positifs de notre époque, et l'une des lumières de la chambre des pairs. V. *Revue française*, t. 9, p. 226 et suiv.

[2] *Hyp.*, chap. 1, p. 1.

[3] M. de Broglie, p. 255.

[4] L. 238, § 2. D. *de verbor. signif.*

transmissions successives, nuisibles à l'agriculture. Les biens, n'étant que temporairement entre les mains de créanciers qui ne pouvaient s'y affectionner, ne recevaient aucune amélioration [1].

On en vint donc par la suite à établir qu'une simple convention suffirait pour que le débiteur engageât son fonds, sans en abandonner la possession, à condition toutefois de devoir en être dessaisi en cas de non-payement au temps fixé par le contrat. Ce fut un établissement que le droit *prétorien* [2], si fécond en équitables innovations, emprunta à la civilisation grecque, comme le justifie Loyseau [3]. Aussi le terme dont on se sert pour exprimer cette convention est-il purement grec : ὑποθήκη [4].

8. Nous verrons plus tard quelles solennités ont présidé jadis et président aujourd'hui à la constitution de l'hypothèque. Mais quelles que soient les formes qui l'accompagnent, il n'en est pas moins vrai qu'elle n'est qu'une imitation du nantissement ou de l'antichrèse; qu'elle concède un droit tout aussi réel que le gage lui-même; et qu'enfin elle n'est pour le débiteur qu'une manière plus commode d'assurer la dette de son créancier.

9. Ceci posé, on se rappellera comment j'ai montré ci-dessus que le créancier qui, non content d'une obligation personnelle, avait stipulé en sa faveur un droit réel et principal dans une chose en se la faisant remettre pour sûreté de sa créance, devait être préféré sur cette chose au créancier n'ayant qu'une simple stipulation personnelle. Or il en est de même du créancier qui a exigé une hypothèque, puisque, comme le créancier saisi du gage, il a droit principal contre la personne et contre la chose: « *Res et persona debent.* »

Cette idée est fort bien exprimée par Cujas. Si l'on me demande, dit-il, pourquoi le créancier hypothécaire est préférable au créancier cédulaire, je répondrai que c'est par la raison donnée en la loi 25 au D. *de reg. juris* : « *Plus cautionis est in re quam in* » *persona.* »

10. C'est inutilement que le créancier cédulaire dirait au créancier hypothécaire : « La loi me donne pour gage les biens du » débiteur, et par conséquent l'immeuble » que vous prétendez vous être affecté. Je » tire de la loi le même droit que vous vou- » lez tirer de la convention; et même mon » droit est supérieur, puisqu'il émane d'une » source plus haute et plus respectable que » la volonté privée. »

Le créancier hypothécaire répondrait par ces arguments victorieux : « Vous avez dû » savoir que la loi ne vous donnait pour » gage que les biens que le débiteur aurait » dans son patrimoine lors de vos pour- » suites. Car vous, créancier confiant, qui » avez suivi la foi de votre débiteur, et qui » n'avez pris aucune précaution pour vous » assurer un droit principal et réel sur ses » biens, vous n'avez pu avoir la prétention » que votre droit purement personnel l'em- » pêcherait d'aliéner ses immeubles et les » rendrait indisponibles dans ses mains. Il » n'y aurait plus de transaction possible si » l'obligation personnelle produisait sur les » biens un pareil effet. Aussi est-il bien » entendu que, quand la loi assigne au » créancier personnel les biens du débiteur » pour gage de sa créance, elle ne veut » parler que des biens possédés par le dé- » biteur au moment des poursuites. D'où il » suit que, si votre débiteur eût aliéné ses » immeubles, vous n'auriez sur eux aucun » droit de suite. Or il a aliéné en ma faveur » une portion de sa propriété, puisqu'il m'a » concédé un droit d'hypothèque. Vous ne » pouvez donc vous payer sur ces mêmes » immeubles, qu'en me tenant compte de » l'hypothèque que vous y trouvez assise. » Votre débiteur a diminué d'autant son » patrimoine; il en avait la faculté, et vous » devez vous contenter de ses biens dans » l'état où vous les trouvez. »

11. La préférence dérivant de l'hypothèque se trouve donc étayée des motifs les plus péremptoires. Les lois romaines en ont fait un principe qu'elles proclament dans une foule de textes [5], et qui est avoué par

---

[1] Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, chap. 1, nº 4. Basnage, *Hyp.*, chap. 1.

[2] Inst. *de act.*, § 7, L. 17, § 2, D. *de pactis.*

[3] *Déguerp.*, liv. 3, chap. 1, nos 4 et 21.

[4] Niebuhr a fait, dans son *Histoire romaine*, la remarque suivante, qui mérite de trouver place ici : « Le » droit hypothécaire sur les biens-fonds était, à Athènes, » plus ancien que Solon. Il existait outre l'engagement de » la personne, qui fut ensuite aboli. A Rome, l'état des » choses ne l'admettait pas dans les commencements. Il » était inconciliable avec le droit de propriété des Quirites, comme avec la simple possession. » (T. 2, p. 385, note 506, trad. de Golbery.)

[5] L. 12, § *qui potior.* D. L. 6, C. *de bonis auct. jud.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 571, nº 13; et t. 3, p. 185, nº 28.

la saine raison et par la critique la plus sévère. Aussi, quand Decourdemanche propose de proscrire l'hypothèque comme entachée de privilége odieux et d'immoralité [1], je ne puis voir dans cette boutade contre un droit qui fait la sûreté des transactions, qu'une susceptibilité *saint-simonienne* qui recrutera peu de partisans : car elle ne peut trouver place que dans un système qui a pris en aversion la propriété telle que les principes du droit naturel l'ont faite depuis que le monde existe; système qui se fonde avant tout sur la destruction de la liberté humaine et particulièrement de ce droit de disposer, de cette liberté civile, si précieuse et si féconde, que nos pères conquirent jadis sur la féodalité, et que leurs descendants n'ont aucune envie d'aller abdiquer sur les autels de la nouvelle doctrine.

12. Mais les hypothèques ne sont pas les seules causes de préférence entre créanciers. Il y a certaines créances qui, à raison de *leur cause*, ont paru dignes d'être privilégiées [2]. De là les priviléges dont je parlerai en commentant l'art. 2095. Le privilége donne au créancier un droit réel qui affecte la chose. Ce droit réel le rend préférable au créancier personnel. Les raisons sont les mêmes que celles que j'ai données pour montrer la préférence du créancier hypothécaire sur le chirographaire.

13. Si le débiteur n'a ni créanciers hypothécaires ni créanciers privilégiés, s'il n'a que des créanciers personnels, ces derniers sont tous d'une égale condition [3]. Car, ne s'étant réservé aucun droit principal sur les biens, ils n'ont aucune raison pour y rien prétendre les uns au préjudice des autres. Ils doivent donc venir en concurrence et prendre part par contribution [4].

14. Le créancier personnel le plus ancien ne pourrait se fonder sur l'antériorité de son contrat pour prétendre à être colloqué avant le créancier postérieur en date. Quand on stipule une obligation pure et simple, on ne cherche à engager que la loyauté de la personne. Or sur la personne il n'y a ni priviléges ni préférences. Elle répond pour tous de la même manière, c'est-à-dire par la bonne foi, et les droits ne peuvent être qu'égaux entre créanciers. Il suit de là que, si le débiteur ne remplit pas ses engagements, et que l'on vienne à agir sur ses biens (parce que, la personne étant obligée, les biens le sont aussi comme accessoire de la personne), tous les créanciers, n'ayant de droits qu'à raison de la personne et étant tous égaux sur la personne, devront être aussi d'égale condition sur les biens qui ne leur auront pas été affectés d'une manière principale.

15. Après tous les détails dans lesquels je viens d'entrer, on comprendra facilement le système du Code civil pour organiser le recours des créanciers contre les biens de leur débiteur.

Si tous les créanciers sont chirographaires, ils sont d'égale condition, et ils viennent à l'ordre par contribution.

Mais si le débiteur a contracté des dettes privilégiées ou hypothécaires, comme ce sont là des causes légitimes de préférence, les créanciers privilégiés et hypothécaires seront payés avant les chirographaires. Ceux-ci n'auront de droits que sur ce qui restera après que les autres seront satisfaits [5].

16. Je n'ai pas à m'occuper dans ce commentaire de l'*expropriation*, qui est le moyen de contrainte attaché par la loi aux droits que les créanciers ont sur les biens de leur débiteur. Tout droit doit avoir la force à sa disposition, sans quoi il serait illusoire. L'emploi des moyens de coaction qui font la force des créanciers est réglé par les articles du Code civil et de procédure qui traitent des saisies mobilières et immobilières. Je me bornerai à dire ici qu'il y a toujours eu une différence dans la vraie fin de l'hypothèque entre le droit français et le droit romain. A Rome, le créancier agissait par l'action hypothécaire pour se faire mettre en possession de la chose hypothé-

[1] *Globe*, 24 avril 1831; *voy.* la préface de cet ouvrage.

[2] D'Argentrée, sur Bretagne, art. 194.

[3] L. 6, C. *de bonis auct. jud. possid.*

[4] Loi citée. Favre, Code, loi 7, tit. 32, def. 3. Basnage, *Hyp.*, chap. 13, p. 61.

Si un négociant qui exploitait séparément deux maisons de commerce est tombé en faillite, les créanciers de chacune ne doivent pas être respectivement payés par privilége sur l'actif de la maison qui s'est obligée envers eux, à l'exclusion des créanciers de l'autre maison. Les deux masses doivent être confondues et tous les créanciers payés concurremment. (C. comm., art. 558; cass., 18 oct. 1814.)

[5] *Voy.* le tit. du Digeste *de rebus auct. jud. possid.* et le tit. du Code *de bonis auct. jud. possid.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 185, n° 28.

quée; et lorsqu'il en était nanti, il avait le droit de la faire vendre. Ce n'était que lorsque l'hypothèque avait été convertie en *pur gage conventionnel* que la vente pouvait avoir lieu [1]. En France, il en est autrement. La poursuite saisit la chose et la met sous la main de justice; elle la frappe d'un *gage judiciaire* pour la faire vendre ensuite aux enchères publiques. Le créancier n'a pas le droit d'en réclamer la possession.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÉGES.

ARTICLE 2095.

Le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.

SOMMAIRE.

17. Difficultés de la matière des priviléges.
18. Des priviléges chez les Romains. Ils n'avaient rien de réel, et ne donnaient lieu qu'à l'action personnelle.
19. Ils étaient primés par l'hypothèque.
20. Quatre sortes de créanciers chez les Romains, et leurs rapports de préférence.
21. Explication de la maxime : *Prior tempore, potior jure.*
22. Explication de l'autre maxime : *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa.*
23. Des priviléges en France. Ils produisent un droit réel. Du temps de Loyseau, ce principe n'était pas encore incontestable.
24. Cause de la réalité des priviléges dans le droit français, et de l'abandon du droit romain sur ce point. L'erreur des praticiens a produit, à son insu, un bon résultat.
25. Les priviléges se règlent entre eux par la faveur de la cause.
26. Le Code civil a suivi les errements de l'ancien droit.
27. Raisons qui rendent le privilége préférable à l'hypothèque. Tout privilége sur les immeubles contient en soi une hypothèque légale.
28. Cas d'exception où le privilége marche après l'hypothèque. Renvoi.

COMMENTAIRE.

17. La jurisprudence sur les priviléges est hérissée de difficultés. Obscure sous les lois romaines, qui semblent se croiser et se contredire, équivoque et incertaine dans l'ancien droit français, formé de débris du droit romain, de décisions d'auteurs discordants, et des divers arrêts des cours souveraines, elle présente encore aujourd'hui des questions épineuses et subtiles qui l'ont fait placer parmi les matières les plus ardues de notre droit.

18. Les Romains divisaient les priviléges en *priviléges de personne* et *priviléges de cause* [2].

Les priviléges de personne étaient ceux qui dépendaient de la qualité de la personne.

Les priviléges de cause étaient ceux que la loi attribuait à la nature de l'action [3].

Voici un exemple de chacun de ces priviléges :

Le privilége du fisc et celui de la répu-

---

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 576, n° 18. Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, chap. 7, n° 1, *infra*, n° 135 *bis*.
[2] L. 196, D. *de reg. juris*.
[3] L. 68, *de reg. juris*. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 186, n° 34.

blique étaient des priviléges *de personne* [1]; car ce n'était qu'en raison de la qualité du fisc et du respect dû au gouvernement de l'État que l'un et l'autre avaient préférence sur tous les créanciers.

Au contraire, le privilége des frais funéraires était attribué, non à la qualité de la personne qui avait prêté de l'argent, mais *à la cause de ce prêt*, qui était extrêmement favorable, soit parce qu'il est de l'intérêt public que les morts ne soient pas privés de sépulture, soit parce que le prêteur a été déterminé par un sentiment d'humanité.

Mais une chose à laquelle il faut faire une extrême attention pour éviter les erreurs, c'est que tous les priviléges, soit de cause, soit de personne, étaient tous personnels, en ce sens qu'ils ne donnaient lieu qu'à l'action personnelle, et qu'ils n'affectaient pas la chose.

Ce n'est qu'autant qu'il avait été stipulé expressément qu'un gage serait affecté comme garantie spéciale au privilége, que ce privilége devenait réel et donnait un droit de suite sur la chose [2]. Il en était de même lorsque la loi donnait au privilége une hypothèque tacite, comme, par exemple, dans le cas où un mineur prêtait de l'argent pour l'acquisition d'une chose [3].

19. De cette manière d'envisager le privilége suivait une conséquence bien remarquable, c'est que ce droit, n'étant que personnel et n'affectant pas la chose, était primé par l'hypothèque. « Restat ut adno- » temus, dit Cujas [4], ex lege 9, creditores » hypothecarii anteponi creditoribus chiro- » graphariis, id est, qui debitores personali » tantum actione obligatos habent, etiamsi » creditores chirographarii sint antiquiores, » vel etiamsi in actione personali privile- » gium habeant, id est, *sive habeant privile-* » *gium causæ, sive privilegium temporis*. Nam- » que eos excludunt hypothecarii creditores » *optima ratione* [5], quia habent actionem » hypothecariam quæ est actio in rem, in » quam plus cautionis est quam in perso- » nam. »

Le créancier privilégé n'était préférable qu'aux chirographaires [6]. On ne faisait d'exception à cette règle que pour les frais funéraires qui, quoique simples priviléges et n'emportant aucune hypothèque ni expresse ni tacite, étaient préférés aux hypothèques [7].

20. De tout ceci, il résulte que chez les Romains il y avait quatre sortes de créanciers, divisés en deux classes.

Les créanciers chirographaires simples et les créanciers chirographaires privilégiés formant la classe des créanciers personnels, et les créanciers hypothécaires simples et les créanciers hypothécaires privilégiés formant la classe des créanciers réels [8].

L'hypothèque privilégiée, c'est-à-dire celle à laquelle un privilége personnel se trouvait joint, primait l'hypothèque simple;

L'hypothèque simple primait le privilége;

Le privilége primait la créance simplement personnelle.

21. Entre les hypothèques simples, c'est le temps qui décidait de la préférence. La raison en est donnée par Cujas avec une grande précision [9]. « Prioris temporis hy- » potheca firmior est, posterioris infirmior, » quia in id tantum efficax est quo summa » pignoris excedit summam prioris sortis. » De là la maxime fameuse, et si fréquente même dans notre jurisprudence française, « *Qui prior tempore, potior jure.* »

Mais entre une hypothèque simple et une hypothèque privilégiée, c'était la faveur de la cause qui déterminait la préférence en faveur de l'hypothèque privilégiée. Par conséquent cette hypothèque privilégiée primait la simple hypothèque, quand même celle-ci eût été antérieure en date [10].

22. Entre privilégiés, ce n'était pas l'ancienneté qui établissait la préférence, c'était la faveur de la cause. « *Privilegia non ex* » *tempore æstimantur, sed ex causa*, et si » ejusdem fuerint tituli, concurrunt, licet » diversitas temporis in his fuerit [11]. »

Sur quoi je crois à propos d'emprunter à

[1] Cujas, *Observ.*, liv. 10, ch. 22. Pothier, t. 3, p. 185, nº 29.

[2] L. 7, C. *qui potior in pign.*

[3] L. 7, *qui potior*. D. L. 3, *de reb. cor. qui sub tutela*. Pothier, t. 1, p. 573, nº 26, et nota *a*.

[4] *Recit. solemn.*, C. *qui potior in pign.*, L. 7.

[5] Cette raison peut s'appliquer à d'autres cas, et servir de réponse aux attaques que dirige Decourdemanche contre le droit d'hypothèque, qu'il considère comme constituant un privilége injuste, ainsi que je l'ai dit ci-dessus.

[6] L. 9, C. *qui potior*. Loyseau, *Offices*, liv. 3, ch. 8.

[7] L. 45, Dig. *de relig. et impensis funer.*

[8] Loyseau, *Offices*, liv. 3, chap. 8, nº 19.

[9] Paratitles sur le C. *qui potior in pignor.*

[10] Cujas, *Recit. solemn.*, l. 7, C. *qui potior*. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 573, nº 26. Loyseau, *Offices*, liv. 3, ch. 8, nº 21. Nov. 97, chap. 3.

[11] L. 32, D. *de reb. auct. jud. possid.*, art. 2096.

Loyseau [1] la citation suivante, parce qu'elle contient l'énoncé des principes que nous suivons aujourd'hui en matière de priviléges :

« Cette loi dit donc que les priviléges ne » prennent pas leur rang du temps. La rai» son est qu'ès actions personnelles aux» quelles ils sont attribués, on n'a pas d'é» gard au temps du contrat, ainsi qu'aux » hypothèques. Mais les priviléges prennent » rang de *leur titre* et *cause*, de sorte que » les plus favorables, et, s'il faut le dire, les » plus privilégiés entrent en ordre les pre» miers. Car ce qui se dit qu'un privilégié » n'use point de son privilége contre un » autre privilégié, s'entend des priviléges » égaux; mais entre inégaux, le plus fort » l'emporte [2]. »

J'arrête ici mes réflexions sur le droit romain. J'en ai dit assez pour mon sujet, et je laisse de côté beaucoup de points controversés dont la place est ailleurs.

23. En France, les priviléges de créance sont considérés sous un point de vue bien différent dans leurs rapports avec les hypothèques. On les tient pour *réels* et comme affectant la chose. Ils priment par conséquent les hypothèques, parce qu'ils réunissent la double prérogative d'être imprimés sur la chose, comme l'hypothèque, et de plus, de puiser dans leur cause originelle une faveur qui manque à ce dernier droit.

Ce n'est cependant pas sans efforts que la jurisprudence française a abandonné de ce chef les errements du droit romain. Du temps de Loyseau, il y avait encore des priviléges personnels, c'est-à-dire des priviléges qui n'affectaient pas la chose, à moins qu'on n'en fût expressément convenu [3]. Néanmoins le système de la réalité prévalait de jour en jour, et il finit par devenir général et non contesté. Il en arriva que tous les priviléges furent assimilés aux hypothèques privilégiées des Romains [4].

24. Je crois qu'on peut assigner la cause suivante à cet abandon du droit romain dans un point si fondamental (*infra*, 85).

D'abord, d'après les lois romaines, beaucoup de créances qui sont appelées *priviléges* avaient de fait une hypothèque légale et tacite. La jurisprudence française étendit par assimilation cette hypothèque de droit à d'autres créances privilégiées que la loi n'en avait pas investies, et qui cependant semblaient mériter la même faveur.

Ensuite, à Rome, il fallait une convention expresse et spéciale pour établir une hypothèque, à moins que la loi n'accordât une hypothèque tacite. Or, comme le privilége ne venait s'attacher qu'à l'action personnelle, d'après les règles générales, il s'ensuit qu'il restait purement personnel tant qu'une chose ne lui était pas affectée par convention, que la loi ne donnait pas une hypothèque tacite.

En France, au contraire, tous les contrats passés en forme authentique emportaient de plein droit hypothèque. Il s'ensuit que dans tous les cas les créances privilégiées résultant d'actes authentiques étaient nécessairement accompagnées d'hypothèque; et comme les actes authentiques étaient plus fréquents que les actes sous seing privé à une époque où peu de personnes savaient écrire, on s'accoutuma à voir que le privilége affectait la chose à cause de l'hypothèque, et bientôt on oublia le véritable motif de cette affectation pour se persuader que c'était un caractère propre au privilége, d'autant que les lois romaines sur lesquelles on avait la manie de vouloir tout calquer, et qui, dans la pratique du barreau, étaient appliquées par des gens peu éclairés [5], présentaient à cet égard des ambiguïtés trompeuses pour l'inexpérience des légistes de palais.

Quoi qu'il en soit, il est certain que le privilége avait toute préférence sur l'hypothèque.

25. Quand au rang des priviléges entre eux, il se réglait par la faveur de la cause [6]. Entre privilégiés, dit Basnage (ch. 14), ceux qui ont un privilége *plus digne et plus favorable* l'emportent sur les autres (*supra*, 22).

26. Le Code civil a marché sur les traces de l'ancienne jurisprudence française.

D'après l'art. 2095, le privilége prévaut sur l'hypothèque.

Il s'attache à la chose et donne sur elle un droit réel.

[1] *Offices*, liv. 3, chap. 8, nº 88.
[2] *Voy.* aussi d'Argentrée sur Bretagne, art. 194.
[3] *Offices*, liv. 3, chap. 8, nºs 31, 32, 33.
[4] Basnage, *Hyp.*, chap. 14. *Répert.* vº *Subrogat. de personne*, p. 28.
[5] Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, chap. 3, nº 13.
[6] Loyseau, *Offices*, liv. 3, chap. 8, nº 88.

D'après l'art. 2096, c'est la faveur de la cause qui décide du rang entre priviléges.

27. J'ai vu des esprits positifs s'étonner que la qualité seule d'une créance suffise pour lui donner la vertu d'être préférée à une créance hypothécaire, qui, par stipulation expresse, affecte la personne et les biens.

Mais, en y réfléchissant, on voit que cet effet important ne s'opère que parce que la loi donne aux priviléges sur les immeubles une hypothèque tacite; à la vérité nos lois ne parlent pas de cette hypothèque légale dans la section 1re du chapitre III, mais elle n'en existe pas moins. La preuve s'en déduit de l'art. 2113, qui déclare que si les formalités nécessaires pour conserver le privilége n'ont pas été remplies, il reste toujours une créance hypothécaire. Donc toute créance déclarée par la loi privilégiée sur les immeubles se compose de deux éléments, savoir, d'un privilége personnel attaché à la faveur de la cause, et d'un droit réel résultant d'une hypothèque tacite [1].

Ces réflexions justifient pleinement la prépondérance du privilége sur l'hypothèque. On peut même s'en servir pour porter le flambeau de la critique sur certaines dispositions de nos lois qui paraissent difficiles à comprendre. Je m'en prévaudrai dans mes observations sur l'art. 2097.

28. Au surplus, je fais observer qu'il y a quelques cas où le privilége ne marche qu'après l'hypothèque. C'est contre le trésor public que cette excption a été établie par respect pour les droits acquis. Je renvoie à ce que je dirai en commentant l'art. 2098 ci-après.

---

[1] Troplong pose ici un précédent qui nous semble beaucoup trop général et trop absolu, comme nous aurons lieu de le démontrer à l'occasion de certaines hypothèses ou de théories particulières qu'il admet dans le cours de son ouvrage. *Voy.* la note sur le nº 108 *infra*.

Nous ferons remarquer que le sens de l'art. 2113 est tout à fait hypothétique; que quand il déclare que les priviléges non conservés dégénèrent en hypothèques, ce n'est que pour autant que l'immeuble sur lequel frappait le privilége soit susceptible d'hypothèque. Ainsi une créance immobilière vendue quoique non susceptible d'hypothèque, peut cependant être la base d'un privilége pour le prix du vendeur, en cas de revente ultérieure de la même action; car l'action immobilière est immeuble.

Mais il y a plus, c'est que depuis l'introduction de l'article 834 du Code de procédure, lorsque le privilége du vendeur d'un immeuble quelconque vient à s'éteindre, par défaut d'inscription dans le terme fatal fixé de quinze jours après la transcription du titre de l'arrière-acquéreur, la conservation de l'hypothèque simple n'est plus possible sur cet immeuble, parce que ce terme fatal expiré assure désormais au tiers acquéreur le droit acquis d'opérer la purge et de tenir l'immeuble quitte et libre de toute charge non inscrite auparavant. Argument de l'art. 2166.

(*Note de l'éditeur belge*).

ARTICLE 2096.

Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités de la créance.

SOMMAIRE.

29. Les priviléges existent sans stipulation. Ils dérivent de la faveur de la cause. Le classement *à priori* de tous les priviléges dans un ordre invariable et général est impossible. Raison de cela.
30. Il n'y a de possible que le classement des priviléges généraux. Il est à regretter que le Code civil n'ait pas décidé la grande question de savoir si les priviléges généraux l'emportent sur les priviléges spéciaux.
31. Distinction des priviléges en généraux et spéciaux, sur les meubles et sur les immeubles. Indication des combinaisons dont ils sont susceptibles entre eux.
32. Ordre des priviléges généraux d'après l'art. 2101 du Code civil. *Quid*, lorsque le fisc se présente avec certains priviléges généraux créés en sa faveur par des lois exceptionnelles?
33. Priviléges du fisc pour les contributions mobilière, personnelle et des patentes. Son rang à l'égard des autres priviléges généraux. La préférence qui lui est accordée est injuste et exorbitante. Mauvais usage d'une bonne maxime de Grotius.
34. Rang du privilége de la régie des douanes. Il est moins dur que le précédent.
34 *bis*. Rang du privilége pour contributions indirectes.
35. Rang du privilége général du fisc pour frais de poursuite criminelle.
36. *Quid* des frais dus au défenseur de l'accusé? Dissentiment avec Pardessus.
37. Rang du privilége général du trésor sur les meubles des comptables, et du privilége du trésor de la couronne.
38. Les priviléges du fisc, dont est mention depuis le

n° 35, sont moins favorisés que celui de la douane. Étant entre eux de même faveur, ils viennent par concurrence.

39. Aperçu général du classement des priviléges généraux sur les meubles.

40. Des priviléges *spéciaux*. De leur concours. De leur classement. Ils sont très-nombreux. Ils ne peuvent pas tous concourir les uns avec les autres.

41. Énumération des priviléges *spéciaux* sur les meubles. Il n'est pas question ici des priviléges spéciaux créés par le Code de commerce.

42. Raison pour laquelle ils ne peuvent tous concourir. Condition pour qu'il y ait concours.

43. Avec qui le *locateur* peut-il ou non concourir? 1° sur les meubles qui garnissent la maison.

44. 2° Sur les fruits de la ferme. Dissentiment avec Tarrible.

45. Avec qui peut concourir celui qui est créancier pour frais de récoltes et fournitures de semences.

46. Avec qui peut concourir *le vendeur* ou *réparateur d'ustensiles aratoires*.

47. *Quid* du créancier *gagiste?*

48. Avec qui se rencontrent les frais faits pour conservation de la chose.

49. Avec qui peut se rencontrer le *vendeur*. Dissentiment avec Tarrible.

50. Avec qui peut se rencontrer l'*aubergiste*.

51. Et le *voiturier*.

52. Et le créancier de *frais de poursuite*.

53. Et le *fisc* pour son privilége sur les fruits à raison de contribution foncière ou de droits de mutation.

54. Nécessité de ces détails pour prouver l'impossibilité d'un classement *à priori*. Citation d'Henrys pour les excuser.

55. Méthode proposée pour arriver à régler l'ordre des priviléges *spéciaux* de nature à concourir entre eux.

56. L'art. 2102 ne donne pas une liste de rang, mais une simple énumération.

57. Division d'opinions parmi les auteurs pour régler la préférence des priviléges spéciaux.

58. C'est dans la faveur de la cause qu'il faut chercher le motif de la préférence. Trois sources de faveur : *negotiorum gestio, possession, propriété*.

59. *Negotiorum gestio*. Raison de la faveur qu'elle assure.

60. *Possession*. Raison de la faveur qu'elle procure.

61. *Propriété*. Idem.

62. Ces causes de faveur, tantôt se combattent, tantôt se prêtent secours et se combinent diversement. Exemples et détails.

63. Ordre des priviléges sur *les fruits et récoltes*. Dissentiment avec Pigeau.

64. Ordre des priviléges sur *les meubles de la maison louée ou de la ferme*.

65. Interprétation des art. 661 et 662 du Code de procédure civile. Si on les prenait à la lettre, ils feraient *antinomie* avec l'art. 2102 du Code civil. Ils n'assurent au locateur un privilége exclusif que parce qu'ils le supposent en concours avec des créanciers simples.

66. Véritable fixation des rangs sur le prix des ustensiles.

67. Véritable fixation des rangs sur le prix des autres meubles de la maison ou de la ferme.

68. Véritable fixation des rangs sur la chose mise *en gage*.

69. — — sur la chose *vendue*.

70. — — sur la chose *déposée dans une auberge*.

71. — — sur la chose *voiturée*.

72. Véritable fixation des rangs sur le *cautionnement*.

73. Du rang des priviléges généraux lorsqu'ils sont en concours avec les priviléges spéciaux. Diversité d'opinions.

74. Les priviléges généraux doivent prévaloir. Raison de cela. Argument tiré par analogie de l'art. 2105.

75. Réponse à une objection de Persil et de Dalloz.

76. Réponse à un arrêt de la cour de Paris. État de la jurisprudence.

77. Exception à la préférence du privilége général sur le privilége spécial.

78. Énumération des priviléges spéciaux sur les immeubles. Quels sont ceux qui peuvent se rencontrer.

79. Fondement du privilége du vendeur, du copartageant et de l'ouvrier.

80. Le vendeur et le copartageant sont-ils préférés à l'ouvrier réparateur? Opinions diverses. Dissentiment avec Malleville et Pigeau.

80 *bis*. Avec Grenier, et avec un arrêt de la cour de Paris. Arrêts anciens. Solution de la difficulté.

81. Concours entre le vendeur et le copartageant.

82. Les privilége *généraux* sur les immeubles l'emportent sur les priviléges spéciaux sur ces immeubles.

COMMENTAIRE.

29. J'ai dit sous l'article précédent que c'était une des prérogatives du privilége de devoir sa préférence non à l'antériorité de date, mais à la faveur de la cause. Nous trouvons ce principe consacré par notre article qui n'est que la traduction de la loi : *Privilegia* 32 D., *de reb. auct. jud.* (Voyez *supra*, 22). Ainsi donc les priviléges existent sans stipulation de la part des parties [1]. Ils sont inhérents aux créances dont la cause mérite une faveur spéciale.

Mais, comme c'est une chose qui tient nécessairement à l'arbitraire que de déterminer le plus ou moins de faveur que peu-

[1] Les priviléges, étant exorbitants du droit commun, ne peuvent plus exister aujourd'hui qu'en vertu d'une disposition de la loi, et ne peuvent pas être créés par une convention intervenue entre le créancier et le débiteur. (Rejet, 12 déc. 1831.)

vent mériter des créances privilégiées qui diffèrent par leur cause, il s'ensuit qu'il a toujours été fort difficile d'arriver à un bon classement des privilèges entre eux.

Grenier va même jusqu'à soutenir que ce classement est impraticable, et qu'une législation qui se permettrait de l'opérer serait imparfaite [1]. Cette opinion paraît exagérée au premier coup d'œil [2], d'autant que les motifs dont s'appuie Grenier sont présentés d'une manière embarrassée. Mais, quand on y réfléchit de près, on ne tarde pas à reconnaître que cette proposition n'a rien que de très-juste. En effet, il est certain que tous les priviléges ne peuvent pas concourir entre eux. Parmi les priviléges spéciaux, il en est une foule qui ne peuvent se trouver en présence dans la même distribution par une véritable impossibilité de nature. C'est ce qu'on verra n°s 42 et suiv.

Ensuite, le degré de faveur qui s'attache à la cause du privilége peut varier suivant les espèces et suivant les différentes positions des créanciers. Tantôt c'est la possession qui vient augmenter la prérogative d'un privilége; tantôt une créance prendra un rang plus élevé, suivant qu'elle a contribué à assurer l'intérêt commun de la masse des créanciers. Ainsi telle créance qui en primait une autre dans tel cas, sera primée par celui-ci s'il se présente un autre concours de circonstances (voyez *infra,* 62, 70, 171). Le législateur pouvait-il entrer dans le détail de toutes ces combinaisons d'intérêt qui ne sont souvent que le pur effet du hasard?

Tout ceci s'applique directement aux priviléges spéciaux. Le Code ne pouvait établir entre eux une échelle graduée de préférences. Il a dû garder à cet égard un silence obligé, parce que toute tentative eût nécessairement échoué.

30. Toutefois, reconnaissons qu'il n'en est pas de même des priviléges généraux sur les meubles et sur les immeubles [3]. Rien ne s'oppose à ce qu'on les classe dans un ordre invariable, et c'est ce qu'a fait le Code avec précision. Il eût même été à désirer qu'il se fût expliqué sur la question si controversée de savoir si les priviléges spéciaux priment les priviléges généraux et *vice versâ*. Cette question peut être décidée, *à priori*, par des raisons emprutées à des principes certains, et il est à regretter que le législateur l'ait laissée dans le domaine de la dispute.

31. Nous verrons, en nous occupant des art. 2099 et suiv., que les priviléges sont généraux ou spéciaux, que les uns frappent les meubles et les immeubles, que les autres ne s'étendent que sur les meubles seulement, que ceux-ci sont imprimés sur certains meubles, ceux-là sur certains immeubles.

D'abord aucune rivalité ne peut exister entre les priviléges sur les meubles et les priviléges sur les immeubles, puisqu'ils ne portent pas sur les mêmes objets.

Le concours ne peut se présenter que: 1° entre les priviléges généraux sur les meubles entre eux; 2° entre les priviléges spéciaux sur les meubles entre eux; 3° entre les priviléges généraux et les priviléges spéciaux sur les meubles; 4° entre les priviléges généraux sur les immeubles entre eux; 5° entre les priviléges généraux sur les immeubles et les priviléges spéciaux sur les immeubles.

32. L'ordre des priviléges généraux sur les meubles entre eux est fixé par l'article 2101, auquel je renvoie. En composant cette échelle graduée, le Code a mis fin à toutes les difficultés que faisait naître la diversité d'opinions parmi les auteurs sur la classification de ces priviléges.

Mais les priviléges énumérés dans l'article 2101 ne sont pas les seuls.

Le trésor royal a privilége sur tous les meubles et effets mobiliers du contribuable pour la contribution personnelle et mobilière, celle des portes et fenêtres, celle des patentes [4]; pour les droits de timbre (*infra,* 96, 33, 39), de douanes et de contributions (n° 34).

Le trésor royal a aussi privilége sur tous les meubles du condamné pour frais de poursuite en matière criminelle, correctionnelle et de police [5].

Le même privilége général existe pour le trésor sur les biens des comptables [6].

Enfin, le trésor de la couronne a un pri-

---

[1] Grenier, *Hyp.*, n° 294.
[2] Dalloz la trouve fausse, v° *Hyp.*, p. 86 et suiv.
[3] *Voy.* cependant un cas particulier pour les frais de justice, *infra,* n° 131.

[4] Loi du 12 novembre 1808, art. 1.
[5] Loi du 5 septembre 1807.
[6] Ibid.

vilége semblable sur les biens de ses comptables.

La difficulté consiste maintenant à coordonner ces divers priviléges du fisc avec les priviléges énumérés dans l'art. 2101 du Code civil, et de régler les rangs qu'ils doivent respectivement tenir en cas de concours.

33. D'abord le privilége du trésor public, pour les contributions personnelle et mobilière, portes et fenêtres et patentes, est celui que l'on a voulu faire marcher le premier [1]. Il s'exerce avant tout autre et par conséquent avant les frais funéraires et autres énumérés dans l'art. 2101 du Code civil. Il n'est primé que par les frais de justice, qui sont moins un privilége qu'une déduction nécessaire, un prélèvement sur le prix, conformément à l'art. 657 (Code de proc.) [2].

Ce privilége exorbitant, accordé au trésor royal (nº 96), ne peut s'expliquer par aucune raison particulière. Il ne faut rien moins que la volonté positive de la loi pour lui assigner ce degré de préférence [3], et le faire passer même avant les frais de dernière maladie, même avant les frais funéraires! comme si, par cette odieuse prérogative, le fisc eût envié au malheureux débiteur les soins dus à l'humanité souffrante! Je sais bien que Grotius a dit avec raison que les obligations que nous contractons envers la république sont plus étroites que celles que nous contractons avec les particuliers. « *Sic reipublicæ quisque ad* » *usus publicos magis obligatur quam credi-* » *tori* [4]. » Mais c'est abuser de cette maxime, vraie en elle-même, que de lui donner une telle extension.

34. Le privilége de la régie des douanes est déterminé par l'art. 22 de la loi du 22 août 1791, titre 13. Il est moins dur et moins excessif que le précédent [5].

Cet article porte que la régie aura préférence à *tous créanciers* « sur les meubles » et effets mobiliers... des redevables pour » tous droits, à l'exception des frais de jus- » tice et autres privilégiés, des loyers de » six mois et des marchandises en nature » revendiquées par le vendeur. »

La loi du 4 germinal an 2, titre 6, article 4, veut qu'en matière de douanes le trésor soit préféré à *tous créanciers*, pour droits, confiscations, amendes.

Deux questions se présentent ici. Le privilége établi par ces deux lois n'a-t-il pas été abrogé? De plus quelle en est l'étendue?

Sur la première question, on a prétendu que les lois des 22 août 1791 et 4 germinal an 2 ont été abrogées par la loi du 11 brumaire an 7, et que la loi du 5 septembre 1807, en ne restituant au gouvernement que le privilége sur les meubles des *comptables*, a maintenu l'abolition du privilége du trésor sur les effets mobiliers des *redevables*, et par conséquent de celui des douanes. Mais la jurisprudence [6] a condamné cette opinion, et d'ailleurs le privilége de la régie a été sanctionné et confirmé par les lois de finance de 1814 et 1816.

Quant à l'étendue du privilége de la régie des douanes, il résulte de la combinaison des deux lois de 1791 et de l'an 2 qu'elle a préférence sur tous les autres créanciers, à l'exception seulement des frais de justice et *autres privilégiés*, et des loyers de six mois. Mais quels sont ces *frais privilégiés* dont parle d'une manière si vague la loi du 22 août 1791?

Il est vraisemblable que ce sont les frais funéraires, ceux de dernière maladie, les salaires des domestiques, les fournitures de subsistances, en un mot les priviléges énumérés dans l'art. 2101 du Code civil [7].

En effet, les auteurs les plus accrédités sous l'ancienne jurisprudence reconnaissaient que les frais funéraires étaient tellement privilégiés qu'ils passaient avant tous autres [8].

L'ancienne jurisprudence accordait aussi un privilége aux frais de dernière maladie et aux gages des gens de service, tellement que Loyseau, les assimilant aux frais funéraires, voulait qu'ils allassent à peu près sur la même ligne [9].

Nul doute, par conséquent, que la loi de

---

[1] Art. 1, loi du 19 novembre 1808.

[2] Merlin, *Rép.*, vº *Privil.*, p. 18. Grenier, *Hyp.*, p. 505. Pardessus, *Cours de droit comm.*, nº 1209.

[3] Et cependant il a été étendu en France aux droits de timbre par la loi du 28 avril 1816, art. 76.

[4] *De jure pacis et belli*, lib. 1, c. 1, nº 6.

[5] Voir sur les priviléges et les préférences accordées à l'administration des droits d'entrée et de sortie, la loi belge du 26 août 1822, art. 290 et suiv.

[6] Arrêts de cassation, 17 octobre 1814 et 14 mai 1816. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 79.

[7] Dalloz, vº *Hyp.*, p. 95, nº 4.

[8] Loyseau, *Off.*, ch. 8, liv. 3, nº 50. Basnage, *Hyp.*, ch. 14. Pothier, *Orléans*, tit. 20, nº 116.

[9] *Off.*, liv. 3, ch. 8, nº 50.

1791, en se servant de ces expressions et *autres frais privilégiés*, n'ait entendu parler des frais funéraires, frais de dernière maladie et gages de serviteurs.

Restent les fournitures de subsistances. Or, dans l'ancienne jurisprudence, elles avaient un privilége incontestable [1].

De tout ceci, je conclus que le privilége de la douane est primé (sans préjudice de ce que je dirai au numéro suivant) :

1° Par les frais de justice;

2° Par le privilége pour *contributions directes*, qui marche avant tous autres (*supra*, 33);

3° Par les frais funéraires;

4° Par les frais de dernière maladie;

5° Par les gages des serviteurs;

6° Par les fournitures de subsistances;

7° Par les loyers de six mois;

8° Par le vendeur qui revendique les marchandises en nature [2].

Ces deux derniers priviléges sont spéciaux sur les meubles (Code civil 2102). Ce sont les seuls de cette nature qui puissent prétendre à une préférence sur le privilége général de la douane.

On a prétendu cependant que le privilége spécial, créé par l'art. 191 du Code de commerce en faveur du prêteur à la grosse, devait l'emporter sur le privilége général de la douane; qu'on devait le faire entrer dans la classe des *autres frais privilégiés*, dont parle la loi du 22 août 1791. Mais la cour de cassation a proscrit ce système par un arrêt du 14 décembre 1824. Il lui a semblé qu'en principe un privilége général doit l'emporter sur un privilége spécial, et j'adopte tout à fait cette opinion, comme on le verra n° 74.

34 *bis*. Postérieurement à la loi du 22 août 1791, il est intervenu une loi du 1er germinal an 13, qui a créé en faveur de la régie des contributions indirectes un privilége rival de celui de la douane et plus favorisé peut-être.

L'art. 47 de cette dernière loi porte que la régie des contributions indirectes a préférence *à tous* autres créanciers, à l'exception des frais de justice, de ce qui est d pour *six mois de loyers* seulement, et sa aussi la revendication formée par les pro priétaires des marchandises encore sou balle et sous corde.

Ainsi la loi du 1er germinal an 13 n donne pas préférence sur la régie aux fra privilégiés, autres que les frais de justice comme le faisait la loi de 1791. Ces frais tels que frais funéraires, frais de dernie maladie, etc., elle n'y a aucun égard, elle leur préfère non-seulement le privilé fiscal qu'elle établit, mais encore les loye de six mois, quoique, en thèse générale, l loyers soient moins favorisés que les fra funéraires, de dernière maladie, de ge de service, de fournitures de subsistanc (*infra*, 74).

De là surgit un assez grand embarras pou classer ces priviléges, quand ils se trouve aux prises. La présence de la régie des co tributions indirectes aura-t-elle ce singuli effet de faire placer les loyers avant les fra funéraires et autres, quoiqu'ils dussent ma cher après, si la régie n'avait rien à récl mer?

Pour concilier la loi de l'an 13 [3] av les principes en matière de priviléges, voic je crois, comme on devra opérer.

La régie prendra rang après les frais d justice, ainsi que le veut impérativeme l'art. 47 de la loi du 1er germinal an 13 [4 Mais elle devra céder son droit jusqu'à d concurrence au créancier des loyers po six mois [5] ; puis, pour s'indemniser de qu'elle aura versé entre ses mains, elle se subrogée à ses droits et viendra dans le ra que les loyers ont par le droit commun.

Par exemple : Soient 1500 fr. à distribu entre les créanciers pour

Frais de justice	500 fr.	1800 fr
Droits de contr. indirect.	500	
Loyers.	300	
Frais funéraires	200	
Douane	100	
Frais de dernière maladie.	200	

On colloquera ainsi qu'il suit : 1° Frais d justice; 2° régie des contributions indi

---

[1] Brodeau sur Louet, l. A, som. 17, note (3).
[2] Art. précité de la loi du 22 août 1791.
[3] Voyez-en le texte, *infra*, n° 99.
[4] Le privilége que l'art. 47 de la loi du 1er germ. an 13 accorde à l'État sur les biens des redevables, etc., peut s'exercer avant ceux des art. 2101 et 2102. (Cass., 11 mars 1835.)

[5] Le privilége de l'administration des contributi indirectes sur les meubles et effets mobiliers des rede bles doit primer celui du locateur pour ce qui excèd prix de six mois de loyer. (*Voy.* décret cité). Ly 1er avril 1841.

…ctes; mais, sur les 500 fr. qu'elle touchera, elle versera 300 fr. au locateur qui [a] préférence sur elle; 3° frais funéraires; [4°] frais de dernière maladie; 5° loyers, et [a]lla régie des contributions indirectes prendra la place du créancier des loyers; 6° il [n]e restera plus rien pour le privilége de la [d]ouane (voy. 36).

35. Le privilége général sur les meubles, attribué au trésor public par la loi du [5] septembre 1807, pour frais de poursuite [cr]iminelle, est classé d'une manière non [éq]uivoque par cette même loi. Il ne s'exerce [qu]'après les priviléges généraux et spéciaux, [me]ntionnés dans les art. 2101 et 2102 du [Co]de civil. Bien plus, les sommes dues pour [la] défense de l'accusé sont préférables au [pr]ivilége du fisc [1].

36. Cette dernière disposition a donné [lie]u à des doutes.

Par-dessus (n° 1197) s'en est autorisé pour [d]ire que les frais de *défense* sont privilé[gié]s dans tous les cas. Il leur donne la pré[fé]rence sur les créanciers cédulaires, et les [m]et au sixième rang des priviléges géné[ra]ux.

Tarrible professe une opinion toute con[tr]aire [2].

« La loi du 5 septembre 1807, dit-il, accorde bien au défenseur de l'accusé pour ses frais une préférence sur le trésor public, mais elle ne lui en accorde aucune sur les autres créanciers soit privilégiés, soit cédulaires [3]. Il résultera de là que, s'il y a concours et insuffisance dans la distribution du prix des meubles entre les créanciers privilégiés, le trésor public, le défenseur de l'accusé et les créanciers cédulaires, les créanciers privilégiés seront colloqués les premiers; le trésor public devra être colloqué le second, mais *il devra céder son droit au défenseur, à concurrence du montant de la taxe*, et le trésor public, pour le *recouvrement* de cette part cédée, devra concourir avec tous les créanciers cédulaires, par contribution au marc le franc. Le trésor public ayant en effet cédé son droit au défenseur, et » ne pouvant exercer d'autres droits sur la » masse que ceux qu'aurait eus ce défen» seur, il se trouvera nécessairement réduit » à la condition des simples créanciers cé» dulaires pour le recouvrement de cette » part. »

Cette opinion me paraît beaucoup plus exacte. Je crois en conséquence qu'on doit l'adopter sans hésiter.

37. Le privilége général du trésor sur les meubles du comptable est classé, par la loi du 5 septembre 1807, après les priviléges énumérés dans les art. 2101 et 2102 du Code civil.

Il en est de même du privilége du trésor de la couronne sur les biens des comptables [4].

38. On voit que les priviléges, établis pour le fisc par la loi du 5 septembre 1807, ne sont pas aussi favorisés que celui dont jouissent la régie des contributions indirectes et celle des douanes. Car, comme je l'ai fait remarquer (n° 34), le privilége de la douane passe avant les priviléges spéciaux, excepté le privilége pour six mois de loyers et le privilége du vendeur, tandis qu'au contraire les priviléges du fisc, pour frais de procédure criminelle et pour la gestion des comptables, ne sont classés qu'après les priviléges généraux et spéciaux.

Il suit de là que le privilége des contributions indirectes et celui de la douane doivent être placés dans une hiérarchie supérieure, et que la faveur de la cause n'est pas égale.

Mais, comme les priviléges érigés par la loi du 5 septembre 1807, jouissent entre eux de la même faveur et qu'ils sont dans le même rang, ils doivent se présenter à l'ordre en concurrence (Code civil, 2097).

39. Maintenant, à l'aide de tous ces éclaircissements, il ne sera pas difficile d'arriver à une classification exacte des priviléges généraux sur les meubles. En voici la série par ordre de préférences :

1° Frais de justice (Code civil, 2101);

2° Contributions personnelle, mobilière, portes et fenêtres et patentes (loi du 12 no-

---

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 76, n° 9.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Privilége, infra*, n° 94.

[3] La loi du 5 sept. 1807, art. 2, accorde bien au dé[fens]eur de l'accusé, pour ses frais, une préférence sur le [tré]sor public, mais elle ne lui en accorde aucune sur les [au]tres créanciers, soit privilégiés, soit cédulaires.

Cette loi ne prévoit d'ailleurs que le cas de condamnation, et non celui d'acquittement. Lorsqu'un failli a été poursuivi pour banqueroute frauduleuse, la créance de son défenseur ne peut tomber directement à charge de la masse : elle fait partie du passif de la faillite, et demeure, comme telle, sujette aux mêmes réductions que celles des autres créanciers. (Br., 23 déc. 1840).

[4] Avis du conseil d'État du 25 février 1808.

vembre 1808), droits de timbre et amendes de contravention à ce relatives [1];

3° Droits de contributions indirectes (voy. *supra*, 34 *bis*);

4° Frais funéraires;

5° Frais de dernière maladie;

6° Salaire des gens de service;

7° Fourniture de subsistances;

8° Privilége de la douane;

9° Privilége du trésor pour frais de poursuite criminelle.

Privilége du trésor sur les meubles des comptables. . . .

Privilége du trésor de la couronne. . . . .

} par concurrence.

40. Voyons maintenant ce qui a rapport au concours et au classement des priviléges spéciaux entre eux.

Les priviléges spéciaux sur les meubles sont très-nombreux; mais, par cela même qu'ils affectent des choses différentes, leur concours ne doit pas être fréquent. Il y en a même qui sont dans l'impossibilité absolue de se trouver en collision les uns avec les autres.

Pour procéder avec méthode, je commencerai par rechercher l'énumération des priviléges spéciaux sur les meubles. Je montrerai ensuite ceux qui, par la nature des créances d'où ils procèdent, ne peuvent jamais se trouver en concours les uns avec les autres. Enfin, je déterminerai le rang que doivent tenir entre eux ceux qui ne sont pas d'une nature incompatible.

41. Les priviléges spéciaux reconnus par nos lois sur certains meubles sont les suivants. L'ordre que je suis provisoirement, dans cette énumération, ne tire pas à conséquence pour leur classement.

1° Loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année, sur le prix de tout ce qui garnit la maison et la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation;

2° Privilége sur les mêmes choses, pour réparations locatives et pour ce qui concerne l'exécution du bail;

3° Sommes dues pour semences et frais de récolte de l'année, sur les prix de la récolte;

4° Sommes dues pour ustensiles, sur prix de ces ustensiles;

5° Le créancier a privilége sur le ga dont il est saisi;

6° Les frais faits pour la conservation la chose sont privilégiés sur cette chose;

7° Le vendeur a privilége sur les eff mobiliers dont le prix n'a pas été payé, qui sont en la possession de l'acquéreur;

8° Les fournitures d'un aubergiste so privilégiées sur les effets du voyageur tra portés dans l'auberge;

9° Les frais de voiture et autres acc soires sont privilégiés sur la chose voitur

10° Les créances résultant d'abus et prévarications commis par les foncti naires sont privilégiées sur les fonds leur cautionnement, et sur les intérêts peuvent être dus (Code civil, 2102);

11° Les frais de poursuite avancés p faire opérer la distribution par contri tion sont privilégiés sur le prix de l'ob vendu ou sur les deniers arrêtés (Code proc. 662);

12° Le trésor public a privilége, pou contribution foncière, sur les *revenus* immeubles affectés à cette contribution du 12 novembre 1808);

13° Le fisc a privilége, pour droit de s cession, sur le *revenu* des immeubles, o de la mutation (loi du 22 frimaire an art. 15, 32);

14° Le prêteur de deniers pour un c tionnement a privilége sur le caution ment [2].

Je ne parle ici ni du privilége du com sionnaire (Code de comm., 93) négociant des priviléges énumérés par l'art. 191 Code de commerce, ni autres qui se ra chent aux matières commerciales [3].

Ce serait sortir de mon sujet, qui se r ferme dans le droit civil [4].

42. En jetant un coup d'œil attentif cette série, on se convaincra que tous priviléges ne peuvent concourir les uns av les autres. Pour qu'il y ait concours en les créanciers, il faut nécessairement qu' soient tous créanciers du même débite et que le gage commun leur soit affecté p le fait de celui-ci. Car s'ils tenaient le

[1] Art. 76, loi française du 28 avril 1816, *infra*, n° 96.

[2] Décret du 28 août 1808, et 22 décembre 1812. Loi du 25 vent. an 11 et 25 niv. an 13.

[3] *Voy.* Pardessus, n°s 934 et suiv.

[4] Les décrets des 29 février 1811, 6 février 1812, 15 mai 1813, établissent les priviléges particuliers pou la ville de Paris et pour les facteurs de la Halle aux Bl de cette ville.

traires les uns des autres, on ne pourrait plus dire qu'il y a concours; ce serait une confusion de créanciers et de débiteurs. Or, il est très-souvent impossible que le même débiteur ait pu investir plusieurs créanciers à la fois des causes de faveur qui assurent le privilége.

J'explique ma pensée par un exemple. Titius, créancier nanti d'un gage, veut changer de résidence et s'établir à Nancy; en route, il transporte le gage dans une auberge, et fait des dépenses qu'il ne peut payer. L'aubergiste fait saisir le gage pour se payer par privilége. On ne pourra pas dire que l'aubergiste concourt avec Titius sur le gage. Pour concourir, il faudrait que l'aubergiste fût créancier personnel du débiteur de Titius, et non de Titius lui-même. Or, en supposant qu'il fût créancier du débiteur de Titius, comment pourrait-il tenir de lui un privilége sur la chose mise en gage? Comme l'aubergiste doit être nanti pour être privilégié, et que la même condition est imposée au gagiste, il est impossible de concevoir que la même chose soit à la fois et au même titre et dans l'auberge et dans les mains du gagiste. Ces deux priviléges ne peuvent donc se présenter simultanément.

C'est au développement de ce point de fait « *que beaucoup de priviléges spéciaux ne peuvent concourir les uns avec les autres*, » que je vais me livrer dans les numéros suivants. Comme ceci tend à prouver qu'un classement de tous les priviléges spéciaux entre eux est impossible, il est important de s'y arrêter.

43. *Du locateur.*

Le locateur qui a un privilége sur *les meubles qui garnissent la maison* ou *la ferme* louée ne peut avoir aucun intérêt à démêler avec le créancier gagiste, puisque la même chose ne peut être à la fois et chez le locateur et dans la possession du gagiste.

Par la même raison il ne peut se trouver en concurrence ni avec l'aubergiste, ni avec celui qui a droit sur le cautionnement [1].

Mais je ne partage pas l'opinion émise par Tarrible que le locateur et le voiturier ne peuvent concourir.

Un voiturier transporte des meubles à Nancy pour le compte de Titius, qui est locataire de Sempronius, et les dépose chez ce même Titius. Sempronius, à qui il est dû des loyers, fait saisir ces meubles aussitôt après le déchargement (Code de proc., 819). Il ne faut pas dire que, par cela seul que les meubles ne sont plus sur la voiture, le voiturier a perdu son privilége. Il le conserve au contraire, pourvu que la chose voiturée ne soit pas hors de la possession du propriétaire à qui il l'a remise, surtout s'il ne s'est écoulé que le bref délai nécessaire pour que ce même propriétaire procède à la vérification. C'est l'opinion de Pardessus (n° 1205), et elle se fortifie d'un arrêt de la cour de Paris du 2 août 1809 [2]. Je l'adopte pleinement dans mon commentaire sur l'article 2102.

Le locateur peut aussi se trouver en concurrence :

Avec celui qui a fourni les ustensiles qui garnissent la ferme (art. 2102 du Code civil);

Avec celui qui a fait des avances pour la conservation des meubles qui garnissent la maison;

Avec le vendeur de ces mêmes meubles;

Avec celui qui a fait les frais de poursuite pour la distribution par contribution.

44. Jusqu'ici je n'ai envisagé le locateur que comme ayant droit sur les meubles qui garnissent la chose louée; mais il a aussi un privilége sur les fruits qui sont le produit de la ferme donnée à bail.

On aperçoit sans peine qu'il répugne à la nature des choses que le privilége du locateur *sur les fruits* ait quelque chose à débattre avec le privilége pour ustensiles, avec le privilége du vendeur, avec le privilége pour abus et prévarication, avec celui pour prêt de deniers d'un cautionnement.

La même incompatibilité est évidente pour le cas d'un concours avec le gagiste; car le locateur ne conserve son privilége sur les fruits que lorsque le fermier en retient la possession. Or la mise en gage aurait dépossédé le fermier [3].

Mais le locateur exerçant son privilége sur les fruits pourra être en rivalité :

Avec celui à qui il est dû des sommes pour semences et frais de récolte;

Avec le conservateur de cette même récolte;

---

[1] Merlin, *Rép.* v° *Privilége.*
[2] Dalloz, v° *Commiss.*, p. 451. Sirey, 10, 2, 168.

[3] Mais le locateur pourrait exercer la revendication dans le bref délai fixé par l'art. 2102, *infra*, n°s 161, 165.

Avec celui qui aura avancé les frais de poursuite pour distribution du prix de la récolte vendue;

Avec le fisc pour payement de la contribution foncière et pour droit de succession.

J'ajouterai que le locateur peut concourir avec le voiturier et l'aubergiste. Par exemple : Pierre, fermier de Jacques, a récolté une quantité considérable de grains; il les expédie de Nancy à Lyon pour les y faire vendre. Pierre fait charger le blé sur une charrette appartenant à Joseph, et il accompagne le voiturier jusqu'à Dijon, pour surveiller le transport. Mais, dans cette ville, il s'aperçoit que les sacs ont éprouvé des avaries, et il est obligé de séjourner pour les renouveler ou les réparer et empêcher la perte des céréales. En attendant il fait des dépenses dans l'auberge où son blé se trouve déposé. Saisie par l'aubergiste.

On verra se présenter :

L'aubergiste,

Le voiturier,

L'ouvrier qui a réparé les sacs,

Le locateur pour ses fermages.

Je ne crois pas qu'on puisse opposer à ce dernier que le fermier est dessaisi et qu'il a perdu son privilége. Outre que le fermier a toujours accompagné la récolte, on doit décider en principe qu'il en a conservé la possession, soit qu'il l'ait fait charger sur la voiture de roulier, soit qu'il l'ait déposée dans une auberge. Le voiturier n'est qu'un mandataire, et nous conservons la possession par nos procureurs. « *Quisquis omnino » nostro nomine sit in possessione, veluti pro- » curator hospes, amicus, nos possidere vide- » mur* [1]. » De plus, on n'est censé perdre la possession d'une chose mobilière qu'autant qu'elle cesse d'être sous notre garde [2]; et ici la récolte était sous la garde du fermier.

Dira-t-on que le fermier a du moins été dessaisi par le dépôt de son blé dans l'auberge? A mon avis, ce serait se tromper. A-t-on jamais dit qu'un locataire fût dessaisi de ses meubles parce que, garnissant la maison louée, ils offrent au locateur *une espèce* de gage? Or le nantissement de l'aubergiste est de même nature que celui du locateur : l'un et l'autre sont un nantissement d'espèce irrégulière et imparfaite.

Je n'ignore pas du reste que Tarrible [3] veut que le voiturier et l'aubergiste ne puissent jamais concourir avec le locateur [4]; mais je ne crois pas cette opinion exacte.

45. Le privilége de celui à qui des sommes sont dues pour frais de récolte et pour fourniture de semences peut, d'après la nature de sa créance, se trouver en collision avec les priviléges 1° du locateur sur les fruits; 2° de celui qui aurait fait des frais pour la conservation de la récolte; 3° du voiturier qui aurait voituré la récolte par commission du fermier; 4° de l'aubergiste chez qui le fermier l'aurait déposée en la transportant ailleurs; 5° de celui qui aurait fait des frais de poursuite pour distribution; 6° du trésor pour droits de succession et de contribution foncière.

Du reste, il est évident que tout concours avec les autres privilégiés spéciaux ne peut jamais se présenter.

46. Celui qui a fourni des ustensiles, ou qui a fait des réparations, a un privilége aux termes de l'art. 2101 du Code civil.

Si ces ustensiles (qui dans l'esprit de la loi ne sont que des ustensiles servant à l'exploitation des terres et à la récolte) garnissent une ferme, le privilége de celui qui les a fournis ou réparés ne peut se trouver en concours qu'avec un nombre de priviléges très-restreint. Ce sera le locateur privilégié sur tout ce qui concerne sa ferme et celui qui aura avancé les frais de poursuite pour distribution.

Je n'aperçois aucun autre cas possible où ce privilége puisse se trouver en contact avec d'autres priviléges spéciaux, si ce n'est toutefois le voiturier qui, par commission du fermier, aurait transporté ces ustensiles de chez le vendeur ou de chez l'ouvrier dans la ferme (Voyez *supra*, 44).

Si ces ustensiles ne garnissent pas une maison rurale louée, s'ils sont chez un propriétaire qui exploite par lui-même et qu'on les y saisisse, celui qui aura fourni ou réparé ces ustensiles se trouvera encore moins inquiété par des rivaux, puisqu'il aura à

---

[1] L. 9, Dig. *de acq. possess.* Art. 2228 du Code civil. Pigeau, t. 2, p. 252.

[2] L. 3, § 13, Dig. *de acq. possess.* Pothier, *Orléans*, tit. 29, n° 36.

[3] Merlin, *Rép.*, v° *Privilége*.

[4] Je prouve, *infra*, n° 159, que le locateur peut exercer son privilége sur les fruits *de l'année*, lors même qu'ils ne garnissent pas la ferme.

redouter de moins la concurrence du locateur.

Au surplus, il est évident que dès que ces ustensiles seront saisis dans la maison rurale à laquelle ils sont attachés pour l'exploitation, ils ne pourront se trouver ni en gage, ni chez un aubergiste.

47. On pressent facilement la position du créancier gagiste.

Il ne peut se trouver en lutte ni avec le locateur ni avec l'aubergiste [1], ni avec ceux qui ont privilége sur les fonds de cautionnement; car le cautionnement déposé par le fonctionnaire public n'est autre chose qu'un gage de sa gestion.

Mais il pourra rencontrer sur son chemin, 1° le privilége pour conservation de la chose; 2° les frais de poursuite dont parle l'art. 662 (Code de proc.); 3° le privilége du voiturier. J'insiste à l'égard de ce dernier, parce que Tarrible a enseigné une doctrine contraire [2]; mais je ne crois pas devoir partager son sentiment.

Supposons en effet l'hypothèse suivante : Titius envoie à Pierre, qui habite une autre ville, une pendule en gage. Il fait charger à ses frais la caisse qui la contient sur la voiture de Jacques. Celui-ci effectue le transport; mais au moment où le déchargement s'opère, on apprend la mort de Titius, déclaré insolvable. Il est clair que sur la vente qui se fera de la pendule, le gagiste et le voiturier se présenteront simultanément.

Le gagiste pourra-t-il être en rivalité avec le vendeur de l'objet mis en gage? je ne le pense pas. Car le privilége du vendeur ne s'exerce qu'autant que la chose vendue est entre les mains de l'acheteur, et ce privilége s'est perdu lorsque l'acheteur en a transporté la possession au gagiste.

48. Les frais faits pour conservation de la chose sont de nature à se rencontrer avec les priviléges existants. Car tout ce qui est meuble est susceptible de perte et par conséquent de réparation ou conservation [3].

49. Le vendeur d'effets mobiliers non payés a privilége sur ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acquéreur.

De ce que les effets mobiliers doivent se trouver en la possession de l'acquéreur pour que le vendeur ne soit pas déchu de son privilége, il s'ensuit qu'ils ne peuvent se trouver en même temps sous la main d'un créancier gagiste. Par conséquent, point de rang à disputer entre le vendeur et le gagiste.

Il n'y a point de contestation possible non plus avec ceux qui sont privilégiés sur les cautionnements; car le fonds d'un cautionnement mobilier ne peut consister qu'en argent, et l'argent se prête, mais ne se vend pas.

Mais, malgré toute l'autorité qu'ont pour moi les opinions de Tarrible, j'estime que le vendeur pourra se trouver en concurrence avec l'aubergiste et le voiturier, par les raisons que j'ai données n° 44.

L'acheteur qui confie sa chose à un voiturier pour la transporter d'un lieu à un autre ne cesse pas d'être en possession. S'il n'a pas la possession matérielle, il a la possession civile, et la loi n'en exige pas d'autre. On ne peut pas contester en droit qu'on ne conserve la possession par son mandataire. L'acheteur peut avoir quand il voudra la chose chargée, en révoquant son mandat, en donnant un contre-ordre. Elle continue donc à être sous sa garde. Ces principes sont consacrés par des arrêts extrêmement graves. La cour de cassation a décidé, le 7 juin 1825, qu'un commissionnaire n'était pas dessaisi en remettant les marchandises à un voiturier de son choix pour les transporter ailleurs, et qu'il conservait son privilége. Dans cette espèce on ne manquait pas d'invoquer l'opinion contraire de Pardessus, qui pense (n° 1203) que le commissionnaire perd son privilége si la marchandise est chargée sur une voiture pour être rendue au lieu de sa destination. Mais la cour de cassation s'est prononcée pour la conservation du droit, et cet arrêt doit recevoir l'approbation des jurisconsultes. Les cours de Turin et de Gênes avaient rendu des décisions analogues le 16 décembre 1806 et le 12 juillet 1813 [4].

De même, si l'acheteur conduit sa chose dans une auberge, on ne conçoit pas pourquoi on devrait le déclarer dessaisi, et prononcer une déchéance contre le vendeur.

Tout ce que je viens de dire se corrobore de l'opinion de Pothier, qui, dans son traité de la *Charte partie*, n° 89, fait concourir sur

[1] Tarrible, *Privilége*, p. 11.
[2] Merlin, *Rép.*, v° *Privilége*.
[3] Merlin, *Rép.*, v° *Privilége*.
[4] Sirey, 1806, p. 637. — 1814, 2, 150.

le chargement le capitaine et le vendeur. Or qu'est-ce que le capitaine qui effectue le transport du chargement, sinon une personne qu'on peut assimiler au voiturier?

Il résulte de ceci que le privilége du vendeur ne pourra rivaliser qu'avec

1° Le privilége du locateur sur les meubles qui garnissent la maison ou la ferme : le locataire peut les avoir achetés et ne les avoir pas payés;

2° Le privilége des frais faits pour la conservation de la chose vendue;

3° Le privilége des frais de justice pour distribution du prix entre privilégiés;

4° Le privilége du voiturier et de l'aubergiste. Le vendeur de semences pourra aussi se trouver en concours sur les fruits de l'immeuble avec le trésor à qui il est dû des contributions foncières, et avec les ouvriers employés à la récolte.

5° Le privilége de l'aubergiste sur les objets transportés dans son auberge n'a de rang à disputer qu'avec celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose, celui qui a avancé des frais de justice pour la distribution du prix, le locateur privilégié sur les fruits lorsque le fermier (par lui ou ses mandataires) les fait voyager; avec le vendeur. On a vu aussi n° 44 que l'aubergiste pouvait se trouver en concours avec le voiturier.

L'exemple suivant en donnera une nouvelle preuve :

Pierre arrive dans une auberge; il y séjourne et y fait des dépenses; des effets qu'il attendait lui sont conduits par un voiturier. Mais aussitôt après le déchargement de ces effets dans l'auberge pour le compte du propriétaire, et cependant avant que le voiturier ne soit payé, Pierre, qui était atteint d'une maladie grave, vient à mourir. Évidemment l'aubergiste et le voiturier pourront se trouver rivaux sur les objets déposés dans l'auberge. J'ai supposé, du reste, qu'entre le déchargement et la saisie il ne s'était pas écoulé assez de temps pour que le privilége du voiturier fût perdu, et que l'on a usé des dispositions de l'art. 822 du Code de procédure civile.

51. Du voiturier.

Il peut, suivant les cas, concourir avec le conservateur de la chose, le créancier de frais de poursuite pour distribution, le locateur privilégié sur les meubles, et même sur les fruits dans l'espèce posée au n° 44, le vendeur et l'aubergiste.

52. Frais de poursuite pour distribution.

Le privilége qui leur est accordé peut se trouver en contact avec tous les autres priviléges spéciaux sur les meubles. En effet, chacun d'eux peut donner lieu à des doutes qui souvent doivent être terminés judiciairement.

53. Privilége du fisc sur les fruits.

Le fisc, comme investi d'un privilége sur les fruits des immeubles, soit pour impositions dues, soit pour droit de mutation, craindra la rivalité du locateur, du vendeur des semences, du journalier employé à la récolte, du créancier pour frais de conservation de la chose, du créancier pour frais de poursuite, et, suivant la possibilité des cas, avec le voiturier et l'aubergiste (*supra*, 44).

54. Ces détails paraîtront peut-être trop minutieux; mais je les ai crus nécessaires pour montrer l'impossibilité (niée par quelques auteurs) [1] de classer dans un tableau général et concordant dans toutes ses parties, des éléments aussi hétérogènes. Au surplus, pour m'excuser auprès du lecteur que cette analyse aura fatigué, je dirai comme le savant et judicieux Henrys [2] : « Nous voulons écrire pour le vulgaire plu» tôt que pour les savants de qui nous pré» tendrions apprendre. »

55. Il résulte des incompatibilités que je viens de signaler entre les divers priviléges spéciaux, que la seule méthode à suivre pour éclaircir les difficultés de leur classement est de les grouper sur chacune des choses qui peuvent en être grevées, et de renoncer au travail inutile et impraticable d'en présenter *à priori* une liste de rang.

Encore il arrivera dans cette distribution par groupes que, suivant les espèces et la faveur des cas, les règles servant au classement seront notablement modifiées, ainsi qu'on peut en voir un exemple n° 70.

Je vais m'occuper de ce travail. Il trouve naturellement sa place à côté d'un article qui enseigne que le rang des priviléges se règle par les diverses qualités de la créance.

56. Je fais observer d'abord que la série donnée par l'art. 2102 du Code civil n'est nullement un classement par rang de pré-

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 86.

[2] T. 2, liv. 4. Quest. 178.

férence. La loi a voulu énumérer et non classer. Aussi y a-t-il une grande différence de rédaction entre l'art. 2101 et l'art. 2102. Le premier, en parlant des priviléges généraux, dit positivement qu'ils s'exercent dans l'ordre qu'il indique. Au contraire l'art. 2102, qui traite des priviléges spéciaux, se tait sur leur rang ; il se borne à dire que les priviléges spéciaux sont ceux qu'il mentionne aux nos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7; par là il est clair que ces numéros n'indiquent pas une préférence. J'ajoute que quand même l'art. 2102 aurait voulu faire un classement par rang, il ne l'aurait pas pu, puisque, je le répète, la faveur de la cause peut faire marcher un privilége avant un autre qui le précédait dans une autre combinaison d'intérêts.

57. Une grande diversité d'opinions règne parmi les auteurs sur ce rang des priviléges spéciaux. L'ancienne jurisprudence offre beaucoup de vague et d'arbitraire [1]. Les nouveaux écrivains présentent chacun un système différent, ainsi qu'on peut s'en convaincre en consultant les opinions de Tarrible [2], Pigeau [3], Grenier [4], Pardessus [5], Persil, Demante [6], Dalloz [7]. Pour moi, j'essayerai de profiter des idées de chacun de ces jurisconsultes; mais je ne pourrai me trouver d'accord avec eux sur tous les points.

58. Puisque c'est la faveur de la cause qui donne le rang aux priviléges, il faut rechercher de quelles sources cette faveur peut découler.

J'en reconnais trois principales :

La gestion d'affaires, *negotiorum gestio*, dans l'intérêt des créanciers :

La possession;

La propriété [8].

---

[1] Basnage, *Hyp.*, ch. 14. Pothier, *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105 et 109.

[2] Merlin, *Rép.*, vo *Privilége*.

[3] Pigeau, *Procéd. civ.*, t. 2, p. 249 et suiv.

[4] Grenier, *Hyp.*, t. 2, p. 9 et 16.

[5] Pardessus, no 1199 et suiv.

[6] *Thémis*, t. 6, p. 130 et 248.

[7] Dalloz, vo *Hyp.*, p. 86.

[8] La théorie déduite ici et dans les nos subséquents, qui en sont des corollaires, n'est rien moins qu'exacte. Le Code, *en énumérant* les créances privilégiées, n'a rien fait de systématique, il ne le pouvait pas, parce que les créances privilégiées qu'il admet, à un nombre très-limité, ont leur cause dans leur qualité intime qui est particulière et spéciale à chacune d'elles. Tout ce qu'il a pu faire en ce genre, c'est de les classer en deux grandes divisions générales, *savoir :* de priviléges généraux avec ordre de rang et de priviléges spéciaux; puis en deux subdivisions, de spéciaux sur les meubles ou sur les immeubles. A quoi bon, dès lors, se livrer au soin inutile de vouloir les subordonner à deux ou trois principes uniformes, ni plus ni moins, quand cela répugne à la nature même des choses; car chaque privilége est une exception à la règle générale que *les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers*, et chaque exception a en elle-même sa cause et son motif particulier qui lui est propre. C'est cette spécialité individuelle qui fait décider de la préférence d'un privilége sur l'autre en cas de concours, à cause du plus grand degré de faveur qu'y attachent l'équité et la raison.

Les trois sources principales que Troplong assigne aux priviléges ont tout d'abord le très-grave inconvénient de devoir laisser plusieurs espèces de priviléges en dehors de chacune d'elles ; car comment faire découler du quasi-contrat *negotiorum gestorum* vis-à-vis des créanciers, les frais funéraires, ceux de dernière maladie, les salaires des domestiques, à l'exemple du privilége des frais de justice, faits pour l'utilité des créanciers en général que Troplong fait découler de cette source? Or, il est bien évident qu'ils ne sont pas non plus en rapport avec une possession ou un droit de propriété quelconque. Il y a plus, c'est que parmi les priviléges spéciaux, il y en a (tel que celui de les cautionnements des fonctionnaires), qui ne peuvent trouver leur classement sous aucune de ces trois prétendues sources.

Mais, en principe, ces sources sont encore faussement indiquées. Sans parler de la propriété, qui est la plus fausse de toutes les origines du privilége, puisque la propriété exclut l'idée d'un privilége, qui n'est qu'un droit de préférence pour le payement d'une créance, et que nul n'a de créance sur sa chose propre, il est palpable que le quasi-contrat *negotiorum gestorum* n'est pas une source du privilége ; car s'il l'était, il devrait être accordé pour certains cas de gestion, autres que pour *frais* de justice ou de conservation de la chose, qui seraient pour le moins aussi favorables, aussi justes et même plus, que le simple déboursement de frais ou d'avances pécuniaires. Et cependant la loi ne l'accorde pas. Voici un exemple de ce que nous avançons : Pierre reçoit et soigne dans ses écuries le cheval malade de Paul ; les frais qu'il a faits pour la guérison et l'entretien de l'animal sont privilégiés. La maladie de ce cheval, qui est contagieuse, circonstance que Paul avait celée, atteint et fait périr les chevaux de Pierre. De là un droit à des dommages intérêts pour ce dernier, à charge du propriétaire du cheval, pour préjudice souffert par lui, par suite de sa gestion, mais pas de privilége cependant ; car encore une fois la loi ne l'autorise pas. Cette créance est cependant aussi légitime, aussi juste et même plus juste que les frais pécuniaires faits par Pierre ; nous disons plus juste, parce qu'il est privé, malgré lui, de sa chose propre, à l'occasion de la conservation de la chose d'autrui.

On ne peut pas concevoir non plus que la possession ou la détention matérielle puisse être la source d'un privilége. La source d'un droit est la cause éloignée, *causa remota ;* en ce sens la cause du privilége de l'aubergiste, pour ses fournitures, est dans la faveur que la loi attache à la nature de cette créance qui est née à l'occasion d'un acte d'hospitalité; mais nullement dans la possession du gage, quoique cette possession doive concourir, au vœu de la loi, pour l'exercice du privilége. Lorsque dans le cas de concours de priviléges, celui qui a la possession actuelle est préféré, la possession ne fait qu'ajouter un degré de faveur de plus au privilége, mais ne le fait pas naître.

La vérité est qu'il n'y a qu'une seule source commune pour tous les priviléges quelconques, c'est la volonté de la loi, puisqu'aux termes de la définition qu'a adoptée le Code civil, le privilége n'est qu'un droit de préférence qui dérive de la qualité de la créance ; or c'est la loi qui déter-

59. Il est des actes qui ont procuré l'intérêt de tous les créanciers, soit en préparant les moyens de liquider en argent susceptible de distribution la chose grevée, soit en conservant le gage commun, menacé de perte ou de détérioration. Ceux dont les avantages ont été ainsi faits ne pourront contester la prééminence à celui qui aura mis ses fonds à découvert pour leur assurer la conservation et l'exercice de leurs droits.

Ainsi les frais de justice qui auront amené la saisie du gage et sa conversion en argent, et qui par conséquent ont été exposés dans l'intérêt de tous les créanciers, auront le pas sur tous.

Ainsi encore celui qui, par ses dépenses, a empêché le gage commun de périr et a fait l'avantage de tous, réclamera à juste titre un rang préférable à ceux qui ne sont armés que de créances dont la faveur est purement individuelle.

J'appelle la cause de préférence dont je parle *negotiorum gestio*, parce que c'est une imitation du quasi-contrat de gestion d'affaires, et qu'au fond l'affaire de tous a été faite.

60. Mais il est d'autres créances qui ne peuvent mettre en avant l'intérêt commun et qui n'ont à se prévaloir que d'une faveur individuelle. Parmi elles il faut distinguer celles dont le privilége est fondé *sur la possession.*

La possession a toujours joui dans le droit des plus hautes prérogatives. *Si inter plures creditores quibus res suas in solidum obligavit, quœstio moveatur, possidentis melior est conditio.* C'est ainsi que s'exprime la loi 10 *D. qui potior.*

La possession est donc un grand motif de priorité entre créanciers privilégiés. Il pourra être invoqué par le gagiste, le voiturier [1], l'aubergiste, le locateur dont la maison est garnie de meubles par le locataire, etc.

La possession donne même des droits préférables à ceux du propriétaire, car la possession, jointe au titre, a la prééminence sur la propriété dépouillée de la possession. D'ailleurs il s'agit ici de meubles, à l'égard desquels la possession est encore de plus haute importance que dans les matières immobilières, puisque la possession y vaut titre.

61. Si la faveur fondée sur la *propriété* n'est pas la première de toutes, elle n'en est pas moins très-grande. C'est sur elle que se fonde le vendeur non payé, etc.

Voilà les trois sources fécondes d'où jaillissent presque toutes les prérogatives des priviléges spéciaux. C'est par ces trois causes qu'il sera facile de trouver la place qui doit leur être attribuée dans le partage du prix du gage commun.

Il est d'autres priviléges qui tiennent leur faveur d'une volonté spéciale de la loi, comme ceux du fisc. Ceux-là sont en quelque sorte hors du droit commun.

62. Comme les combinaisons d'intérêt varient à l'infini et se compliquent de mille manières différentes, il arrivera assez souvent que les causes de faveur dont j'ai parlé, tantôt se combattront mutuellement et tantôt se prêteront un appui réciproque. D'où il suit que la faveur qu'elles impriment aux priviléges sera variable, et dépendra dans beaucoup de cas de la position respective des créanciers.

Ainsi il se présentera tel concours de circonstances où le conservateur de la chose en aura la possession et cumulera sur sa tête une double cause de faveur.

Ainsi il arrivera que le possesseur de la chose, le gagiste, par exemple, aura fait des frais pour en empêcher la détérioration; il pourra réclamer un double avantage.

Le propriétaire pourra aussi se présenter comme *negotiorum gestor,* mais jamais comme possesseur. Il luttera sans cesse, et même avec désavantage, contre la possession.

Enfin le *negotiorum gestor* a cela de remarquable que son privilége jouit d'une faveur plus ou moins étendue, suivant qu'il a agi dans l'intérêt d'un nombre plus ou moins grand de créanciers concourants.

Ainsi, s'il a fait des frais pour conserver la chose grevée du privilége, et s'il a agi par conséquent dans l'intérêt de tous les créanciers existants antérieurement, il sera préféré à tous les créanciers.

---

mine quelles créances ont cette qualité. Hors de là, toute autre cause de faveur, quelque sacrée qu'elle soit, sera impuissante pour jamais produire un privilége.

Nous aurons occasion de faire voir dans la suite à quelles conséquences erronées et à quelles contradictions le prétendu droit de propriété, indiqué comme source de privilége, a conduit Trolong. (*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Car très-souvent il est saisi, et la possession ajoute à la force de son droit. Mais elle ne le constitue pas. *Infra*, n° 207.

Mais si les priviléges des créanciers nantis n'ont pris naissance qu'après les dépenses faites pour la conservation, il est clair que le conservateur de la chose n'a pas agi dans leur intérêt. On ne peut pas dire qu'il a conservé leur privilége, puisque ces priviléges n'existaient pas encore. Le conservateur de la chose sera donc primé par les possesseurs dont il n'a pas fait l'affaire.

On aura fréquemment occasion de trouver dans la pratique l'application de cette vérité.

Je passe à des exemples, parce qu'en pareille matière l'exemple est nécessaire pour confirmer et inculquer la règle.

63. Ordre des priviléges sur les fruits et récoltes.

Je reprends l'exemple posé au n° 44, et je suppose en même temps qu'il est dû au trésor des contributions par le fermier, et que ce dernier est redevable des semences et frais de récolte.

1° Les frais de justice et de poursuite pour faire opérer la distribution par contribution (art. 662, 657 du Code de procédure civile).

Les frais de justice sont préférés à tous les autres; ils sont moins un privilége qu'un prélèvement. Ils sont nécessaires dans l'intérêt de tous les créanciers sans exception; car la poursuite judiciaire a pour objet la vente de la chose et sa conversion en prix. Chaque privilégié serait obligé de faire ces frais lui-même pour se procurer la jouissance de son droit.

Ce privilége, fondé sur la gestion d'affaires, *negotiorum gestio*, doit jouir d'une préférence exclusive.

Je le place donc même avant les contributions foncières dues au fisc, quoique la loi du 12 novembre 1808 dise que cette dette a un privilége qui s'exerce avant *tout autre*. J'adopte ici l'avis de Grenier [1].

Pigeau suit un classement différent : il fait marcher le trésor avant tous les autres priviléges [2], même celui des frais de justice; mais je ne crois pas que cette opinion doive être préférée.

2° Contribution foncière [3], due au trésor.

3° L'ouvrier qui a réparé la chose et empêché la perte des céréales.

Après les frais de justice, le conservateur de la chose devrait être préféré : il a travaillé pour l'intérêt commun. Le trésor eût perdu ses droits, et c'est à l'ouvrier qu'il est redevable de pouvoir les exercer sur l'objet grevé. Mais la loi du 12 novembre 1808 fait fléchir ces principes, et assure au fisc une préférence, commandée sans doute par la raison d'État.

4° L'aubergiste. D'abord il est nanti; ensuite, par les fournitures qu'il a faites, il a mis le fermier a même de séjourner et de faire faire des réparations utiles à tous les créanciers. A sa possession vient donc se joindre un motif tiré de l'avantage indirect qu'il a procuré aux autres créanciers.

5° Le voiturier. Il a une sorte de détention de la chose.

6° Le cultivateur qui a travaillé à la récolte de l'année. Sans les soins qu'il s'est donnés, les fruits eussent péri sur pied. Comme *negotiorum gestor*, il mérite donc une préférence. Toutefois il ne doit passer qu'après les créanciers ci-dessus énumérés, d'abord parce qu'il n'a pas de nantissement, et ensuite parce que, s'il a fait l'affaire de quelques créanciers, ce n'est pas celle de ceux qui n'étaient pas encore créanciers lors de la récolte.

7° Le vendeur des semences. Je le place après les moissonneurs. Car vainement la loi aurait-elle voulu le favoriser en lui donnant un privilége sur la récolte, si l'on n'avait pu trouver des journaliers pour la recueillir et empêcher qu'elle ne pérît sur pied, faute de bras.

8° Le locateur pour les fermages qui lui sont dus.

Tant que le locateur n'est pas payé du prix du bail, la récolte, faite sur son fonds, est plutôt sa propriété qu'elle n'est un gage [4]. C'est donc sur le droit de propriété qu'est fondée la faveur dont il jouit [5].

Mais cette faveur est moins grande que

---

[1] *Hyp.*, t. 2, p. 14, n° 305.

[2] *Procéd. civ.*, t. 2, p. 250 et suiv.

[3] L. du 12 nov. 1808. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 76. *Infra*, n° 96.

[4] Domat, liv. 3, t. 1, sect. 5, n° 12. Basnage, *Hyp.*, ch. 14, p. 70, et ch. 9. Grenier, *Hyp.*, t. 2, n°s 299 et 308, p. 8 et 14.

[5] Nous savons que Domat dit aussi que les fruits ne sont pas tant le gage du propriétaire *que sa chose propre*, jusqu'au payement du prix de bail; malgré cette autorité, nous préférons le texte de la L. 7 ff, *In quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contrah.*, qui ne reconnaît qu'un droit de gage et nullement un droit de propriété au bailleur. *In prædiis rusticis, fructus qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur* PIGNORI *esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit*. Or, nul ne peut avoir de gage sur

celle de ceux qui ont agi dans l'intérêt général, de ceux qui sont saisis, de ceux enfin qui, comme le moissonneur et le vendeur de semences, ont procuré l'avantage du locateur.

La distribution de tous ces rangs est calquée, comme on le voit, sur les principes indiqués ci-dessus (nos 59 à 61).

64. Ordre des privilèges sur les meubles qui garnissent la ferme ou la maison louée.

Avant de m'occuper de ce classement, je dois parler d'une difficulté qui résulte des art. 661 et 662 du Code de procédure civile.

65. L'art. 662 porte : « Les frais de pour» suite seront prélevés par privilége, avant » toute créance autre que celle pour loyers » dus au propriétaire. » Il est placé sous la rubrique « *de la distribution* par *contribution* » (*du prix des choses mobilières*). »

Cet article donne lieu à quelques observations.

Qu'est-ce donc que ces frais de justice dont il parle ?

Ce sont ceux qui sont nécessaires pour parvenir à la distribution, comme la vacation pour requérir la nomination du juge-commissaire, la requête pour obtenir son ordonnance afin de sommer les créanciers opposants de produire, et le saisi de prendre communication ; la sommation, la dénonciation de la clôture de la distribution aux opposants et au saisi avec sommation d'en prendre communication [1].

Ces frais, comme on le voit, ne doivent pas être confondus avec ceux de la saisie et de la vente. Ce sont purement et simplement ceux qui procurent la distribution, lorsque la chose est déjà convertie en prix.

En second lieu, en déclarant que ces frais de poursuite, quoique privilégiés avant toutes autres créances, ne passent qu'après les loyers dus au propriétaire, l'art. 662 du Code de procédure civile a-t-il voulu donner aux loyers un privilége sur toutes les autres créances privilégiées ?

Je ne le crois pas. Ce serait mettre entre l'art. 662 du Code de procédure civile et les art. 2101 et 2102 du Code civil une antinomie qui répugne à la raison, ce serait spécialement détruire l'art. 2102, qui dit en termes exprès qu'il y a des créanciers supérieurs en droit au propriétaire.

Écoutons Berriat-Saint-Prix, dont l'opinion est suivie par Carré [2] :

« En prenant cette disposition à la lettre, » il semble que le propriétaire doive passer » absolument avant tous les autres privilé» giés. Mais il serait impossible d'adopter » une semblable décision, sans détruire tous » les principes établis dans les art. 2101 et » 2102 du Code civil. Il paraît que celle de » l'art. 662, *qui n'existait pas dans le projet*, » n'a été insérée dans le Code de procédure » que par forme d'exception et pour mon» trer que, quand on fait une distribution » du prix des meubles arrêtés par des saisies, » la créance du propriétaire est préférable » aux frais de poursuite, parce que le pro» priétaire a le droit de saisir les meubles » soumis à son privilége, sans attendre une » distribution. »

Le propriétaire locateur ne doit pas en effet supporter sa part des frais de poursuites, parce que, s'agissant de distribution *par contribution*, la loi suppose qu'il n'a en regard que des créanciers simples. Or son droit est alors hors de pair. Les créanciers simples, qui ne peuvent se partager le prix que par contribution, n'ont rien à dire, si le locateur, qui est d'une condition supérieure, est payé avant eux et sans supporter sa part des frais d'une distribution qui n'est pas dans son intérêt [3].

L'art. 662 doit être combiné avec l'article 661. Ce dernier venait de parler du locateur comme pouvant faire statuer préliminairement sur son privilége, et sans attendre la distribution. Il n'avait cité, à mon sens, le locateur que par forme d'exemple, parce que c'est lui qui le plus ordinairement fait saisir, ainsi qu'on peut l'induire de l'art. 819 du Code de procédure civile, et que le plus souvent aussi il n'a à sa suite que des créanciers simples ou *inférieurs à lui*. Car les rivalités de priviléges, que nous nous appliquons à mettre ici en

sa chose propre. Ajoutez à cela qu'il serait superflu de contraindre le bailleur à faire faire une saisie-brandon ou une saisie-gagerie, pour exproprier le fermier, si la propriété des fruits ne reposait pas dans le chef de celui-ci ; car il ne peut pas même se dispenser, après saisie, de les faire vendre à l'enchère, pour se les attribuer en nature sur expertise, faculté qu'a cependant le créancier gagiste, quoique la loi lui dénie bien formellement un droit de propriété sur le gage. (*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Art. 29, 55, 96, 99. *Tarif*. Pigeau, t. 2, p. 251.

[2] Sur l'art. 662.

[3] Arrêt de la cour de Rouen du 12 mai 1828.

présence pour approfondir une théorie, se rencontrent assez rarement dans la pratique.

C'est donc parce que l'art. 661 (voulant montrer, par le cas le plus fréquent, comment le privilége se détache de la masse des créanciers simples) venait de mettre en saillie le privilége du propriétaire locateur, que l'art. 662, continuant à raisonner sur la même hypothèse, a encore parlé du locateur, l'a mis en face des frais de poursuites, et a déclaré qu'il devait les primer.

Mais on sent bien que ce n'est pas dans le titre de la *distribution par contribution* que le législateur serait venu renverser toute l'économie du Code civil. Quel était son but principal? d'indiquer le mode de partager le prix de la chose entre créanciers égaux *en faveur et exempts de priviléges* [1]. S'il a parlé un moment des priviléges, c'est afin de les opposer aux créanciers simples, pour qu'on aperçoive mieux comment ils doivent les dominer, et les laisser se débattre dans une région inférieure. Ce qu'il dit du locateur peut s'appliquer aussi bien et par identité de raison à tous les autres priviléges qui ne seront en présence que de créances simples. Mais que le législateur ait prétendu, dans ce titre, comparer les priviléges les uns aux autres et les mettre aux prises pour déterminer invariablement leur rang de préférence, c'est ce que je ne puis admettre sous aucun rapport, à moins de vouloir tuer l'esprit de la loi avec la lettre judaïquement appliquée [2].

Je terminerai par une analogie qui me paraît grave. L'art. 458 de la Coutume de Paris portait aussi que les seigneurs d'hôtel seraient préférés à tous les créanciers. Mais cette disposition, en apparence si absolue, empêchait-elle de reconnaître des priviléges supérieurs à celui du locateur? Non sans doute! et Pothier n'hésitait pas à dire : «Cet » article s'entend des créanciers ordinaires, » et non de ceux qui auraient un privilége » plus fort que les seigneurs d'hôtel [3]. » A mon avis, l'art. 662 n'a pas un autre sens, et l'on ne doit pas lui donner une autre interprétation.

66. Passons maintenant à la fixation des rangs entre privilégiés sur les effets qui garnissent la maison ou la ferme.

Je pose l'espèce suivante. Il s'agit d'ustensiles :

Titius, fermier de Sempronius, a acheté des ustensiles aratoires chez Caïus, ou bien il les a fait réparer par Publius. Titius charge un voiturier de les lui rapporter de chez Caïus ou Publius. Le voiturier remplit son mandat et les dépose chez Titius. Mais aussitôt après, Sempronius, à qui il est dû des loyers, les fait saisir comme objets garnissant sa ferme.

Quels seront les rangs entre ces divers créanciers?

1° Frais de justice.

2° Voiturier. Si le voiturier n'eût pas avancé les dépenses de transport, les ustensiles ne garniraient par la ferme, et Sempronius serait privé de l'objet qui sert d'assiette à son privilége. Le voiturier, comme *negotiorum gestor*, primera donc le locateur.

3° L'ouvrier qui a réparé la chose. Par son industrie il a contribué à conserver le gage, et par suite le privilége du locateur. L'art. 2112, n° 1, du Code civil, est formel.

Ou bien, le vendeur de ces mêmes ustensiles. Le même article s'explique positivement à cet égard.

A la vérité, le vendeur n'est qu'un propriétaire, et l'on peut trouver étrange qu'il soit préféré au locateur qui est nanti. Mais il y a un motif particulier qui fait plier le principe général, c'est que le vendeur d'ustensiles aratoires a doté la ferme d'objets indispensables pour la culture, d'objets sans lesquels on n'aurait pu recueillir les produits sur lesquels le locateur a aussi un privilége spécial.

4° Le locateur.

67. Parlons maintenant des objets (autres que les ustensiles aratoires) qui garnissent la ferme ou la maison louée.

Exemple. Pierre vend à Paul un meuble de prix donc celui-ci n'acquitte pas la valeur. Paul place ce meuble dans une maison qu'il tient à bail de Jacques. Il arrive que, pour faire réparer ce meuble qui a souffert une forte dégradation, Paul l'envoie à Nancy à un ouvrier qui y fait les réparations con-

[1] *Rép.*, signif. du mot *Contribution*.
[2] Pigeau, t. 2, p. 248 et suiv., est entraîné par la force des choses, et ne donne pas toujours le premier rang au locateur. Voy. *infra*, n° 75.
[3] *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105.

venables. Ceci fait, Paul envoie chercher le meuble par un voiturier qui le transporte à son domicile. Aussitôt après le déchargement, Jacques, à qui il est dû des loyers, fait saisir le meuble en question, en vertu de l'art. 819 du Code de procédure civile. Débats entre tous ces créanciers privilégiés.

Le partage du prix devra être fait ainsi qu'il suit :

1° Frais de justice.

2° Le voiturier. Voir les raisons ci-dessus, n° 66.

3° L'ouvrier qui a réparé. Il ne vientqu'après le voiturier : car celui-ci est le dernier saisi; et d'ailleurs, si l'ouvrier a conservé la chose, ce n'est pas dans l'intérêt du voiturier, puisqu'à l'époque de la réparation le privilége de ce dernier n'existait pas.

4° Le locateur.

5° Le vendeur. Ce vendeur ne jouit pas des prérogatives exceptionnelles accordées au vendeur d'ustensiles aratoires. S'il ne prouve pas que le locateur avait connaissance que le meuble n'appartenait pas au locataire, il ne pourra faire marcher ses droits qu'après lui; car le locateur est saisi, *In pari causa melior est possidentis conditio.*

68. *Privilége sur la chose mise en gage.*

Reportons-nous à l'exemple que j'ai posé ci-dessus, n° 47.

1° Frais de justice.

2° Voiturier. Sans ses dépenses et ses peines, le créancier n'aurait pas eu de gage.

3° Le gagiste.

Si des frais pour la conservation de la chose ont été faits, il faut distinguer trois époques : ou ils ont été faits avant le départ, ou ils ont été faits pendant le voyage, ou ils ont été faits après l'arrivée.

Si avant le départ : l'ouvrier non payé est déchu, du moment que la chose est passée entre les mains du gagiste : les meubles n'ont pas de suite en mains tierces. Le privilége ne peut subsister qu'autant que le meuble est entre les mains du débiteur [1].

Si pendant le voyage : même décision. Car la chose, parvenant en définitive dans la possession du gagiste, y devient affranchie du privilége de l'ouvrier.

Mais si les frais de réparation ont été faits depuis le nantissement, par exemple après la saisie, afin que l'on retirât de la chose une plus grande valeur, ils primeraient le voiturier et le gagiste, comme ayant procuré l'avantage de l'un et de l'autre.

69. *Ordre des priviléges sur la chose vendue.*

1re espèce. — Vente d'ustensiles de labour. Je renvoie au n° 66.

2e espèce. — Vente de semences. Voyez n° 63.

3e espèce. — Vente de meubles à un locataire. Voyez n° 67,

4e espèce.—Vente d'objets mobiliers faite à un propriétaire non locateur.

Exemple. Primus a vendu à Secundus une riche pendule. Ce dernier vient la prendre à Bordeaux, et la charge sur la voiture de Tertius pour l'expédier à Nantes, lieu de son domicile. Il part avec son voiturier. Mais, à la Rochelle, la pendule éprouve une avarie. Secundus est obligé de s'arrêter pour faire faire les réparations. En attendant, il fait des dépenses à l'auberge. Les réparations finies, et la pendule rapportée par l'ouvrier, Secundus ne pouvant pas les payer, l'ouvrier fait saisir la pendule. Lutte entre Primus, vendeur non payé, Tertius voiturier, l'aubergiste et l'ouvrier.

Distribution :

1° Frais de justice.

2° Réparations. Elles ont conservé le gage commun, même à l'égard de l'aubergiste, qui retire avantage de sa plus value.

3° L'aubergiste. En donnant asile à Secundus, il lui a facilité les moyens de faire faire une réparation dont le voiturier et le vendeur profiteront en définitive.

4° Le voiturier. Il n'est pas dessaisi complétement.

5° Le vendeur.

70. *Privilége sur la chose déposée dans une auberge.*

Voyez l'exemple cité n° 69, 4e espèce, celui cité n° 63, et celui cité n° 50.

Dans l'exemple cité au n° 67 (4e espèce), j'ai fait voir que l'aubergiste devait être préféré au voiturier, par la raison que le premier avait avancé des dépenses dont le second avait indirectement profité.

Au contraire, dans l'espèce posée au n° 50, le voiturier doit marcher avant l'aubergiste. Car en portant des effets dans une auberge où le maître de ces effets avait déjà fait de la dépense, il a fait quelque chose d'utile à l'aubergiste. « *Præbuit causam pignoris.* »

71. *Ordre des priviléges sur la chose voiturée.*

Voyez espèces citées nos 63, 68, 69 et 70.

[1] *Infra*, n° 185. Arg. de l'art. 2102, n° 4.

72. *Ordre des priviléges sur le cautionnement.*

1° Frais de justice.

2° Créanciers pour prévarication.

3° Prêteur des deniers formant le cautionnement.

Tel est l'ordre donné par Loyseau [1]. C'est d'ailleurs ce que décide la loi du 25 nivôse an 13 [2]. La raison en est que, quoique le prêteur de deniers se soit assuré un gage, et qu'il puisse dire que sans lui les autres créanciers n'auraient pas de recours, cependant il a dû savoir que ce cautionnement était la garantie du public, et qu'il répondait des malversations de l'officier. Il s'est donc soumis aux chances de la responsabilité en exposant ses fonds, en connaissance de cause, pour un pareil objet.

73. Après avoir montré les rapports des priviléges spéciaux entre eux, je dois parler du rang des priviléges généraux mis en contact avec les priviléges spéciaux.

Les auteurs sont très-partagés sur la question de savoir qui doit l'emporter, des priviléges spéciaux ou des priviléges généraux.

Pothier veut que les priviléges spéciaux soient préférables aux priviléges généraux. Il ne fait d'exception que pour les frais funéraires, qui, dit-il, l'emportent sur tous les autres [3].

Duplessis est du même avis.

Neguzantius ne traite pas formellement la question à l'égard du privilége; il ne s'en explique qu'à l'égard de l'hypothèque, et il dit que l'hypothèque spéciale affecte la chose beaucoup plus que l'hypothèque générale : « Potest poni in genere quod specialis hypotheca plus afficiat rem quam » generalis, et plus juris constituatur cre» ditori per specialem hypothecam quam » per generalem [4]. »

Doneau, au contraire, estime que l'hypothèque générale affecte la chose non moins que l'hypothèque spéciale. « Non » minus enim generali actione res singulæ » obligantur, quam si de singulis specialiter » convenisset [5]. » Fachinée est du même avis [6].

Parmi les auteurs modernes, Malleville [7], Tarrible [8], Grenier [9], Favard [10], sont d'opinion que les priviléges généraux priment les priviléges spéciaux.

Au contraire Persil [11] pense que les priviléges spéciaux l'emportent, et il s'appuie sur un arrêt de la cour de Paris du 27 novembre 1814; et cette opinion est adoptée par Dalloz [12].

Pigeau place aussi les priviléges généraux à un rang inférieur, et les fait précéder par le privilége du vendeur, des frais faits pour conservation de la chose, par le privilége du gagiste et du locateur [13].

Demante, qui a inséré dans la *Thémis* deux articles sur l'ordre des priviléges, soutient que la qualité de priviléges généraux ou de priviléges spéciaux ne peut nullement influer sur leur rang, et que c'est uniquement par la faveur de la cause qu'il faut se déterminer. Partant de cette idée, il place les priviléges généraux énumérés aux n°s 2, 3, 4 et 5 de l'art. 2101 du Code civil, après les priviléges spéciaux, dont l'art. 2102 donne la nomenclature [14].

74. A mon avis, l'opinion de Malle-

---

[1] *Off.*, liv. 3, ch. 8, n° 92.

[2] Art. 1. Voy. *Infra*, sur l'art. 2102, n° 211.

[3] *Procéd. civ.*, p. 105.

[4] *De pignor. et hyp.*, p. 5, n° 10.

[5] Chap. 12, *De pignor. et hyp.*

[6] *Controv.*, lib. 12, ch. 28, p. 944, 945.

[7] T. 4, p. 250.

[8] *Rép.*, v° *Privilége*, sect. 2, § 2, n° 3.

[9] *Hyp.*, t. 2, n° 298, p. 5.

Observons que Grenier croit devoir excepter de la règle le créancier gagiste, qui ne peut, dit-il, être dessaisi de l'effet mobilier qui lui a été donné en gage, qu'autant qu'il a été payé de sa créance. Grenier étend ensuite, par analogie, cette exception au privilége sur les fonds du cautionnement, ces fonds ayant la nature d'un véritable gage.

[10] *Rép.*, v° *Privilége*, sect. 3, n° 1.

[11] *Quest. sur les Hyp.*, § 9, comm., art. 2101.

[12] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 87 et suiv.

Persil n'a pas émis d'une manière aussi absolue l'opinion que lui prête ici Troplong. Il avait été d'abord de l'avis que les priviléges généraux étaient toujours préférés aux priviléges spéciaux; mais dans la dernière édition de son *Régime hypothécaire*, il a modifié son opinion en ces termes : « Il n'est pas vrai, comme nous l'avions dit précédemment dans nos *Questions sur les priviléges et hypothèques*, que les priviléges généraux soient toujours préférés aux priviléges spéciaux : au contraire, ceux-ci doivent l'emporter sur le prix provenant de la vente des meubles qui leur étaient spécialement soumis. *Observ. supplémentaires*, n° 1, p. 61, du *Régime hypothécaire*.

(*Note de l'éditeur belge.*)

La cour de Paris, arrêt du 25 février 1832, et la cour de Rouen, arrêt du 17 juin 1826, ont formellement consacré cette doctrine.

[13] *Procéd.*, t. 2, p. 152.

[14] T. 6, p. 255.

Voy., dans ce sens, Caen, 8 mars 1838, et Duranton, n° 203. Pigeau, n° 745 de l'édit. de la Soc. Typ. Belge, de 1841, place aussi les priviléges généraux à un rang inférieur, et les fait précéder par le privilége du vendeur, pour les frais faits pour la conservation de la chose, et par le privilége du gagiste et du locateur.

ville, Tarrible, etc., doit prévaloir [1].

A ne considérer que la faveur de la cause, les priviléges généraux doivent avoir préférence, puisque la loi les a jugés dignes d'une faveur telle qu'ils affectent la généralité des meubles, et même les immeubles. Ici la prédilection du législateur n'est pas douteuse. Elle s'explique d'ailleurs par des considérations de haute moralité qui valent bien, à mon avis, de petits et pénibles arguments empruntés à des textes sans liaison entre eux. Tous les priviléges généraux énumérés dans l'art. 2101 (les frais de justice exceptés) reposent sur des services rendus à l'homme; tandis que les priviléges spéciaux sont fondés sur la propriété ou sur la possession, sur des raisons de crédit particulier et de spéculation, sur des services rendus à la chose; or, ne serait-ce pas tomber dans un matérialisme dégradant que d'attribuer à ces derniers priviléges une préférence sur ceux qui sont destinés à encourager les devoirs de l'humanité, et les soins dus à la personne? Autant l'homme est au-dessus de la chose, autant les droits énumérés dans l'art. 2101 sont plus éminents que les priviléges de l'art. 2102. C'est ce que le Code civil a senti, car il a été inspiré par une philosophie spiritualiste qui le place au plus haut rang parmi les œuvres de la codification [2].

A cette raison fondamentale, Tarrible en a ajouté d'autres qui me semblent invincibles.

L'art. 2105 dit que, lorsqu'à défaut de mobilier les priviléges généraux se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur cet immeuble, les payements se font dans l'ordre suivant : d'abord les priviléges généraux énoncés dans l'art. 2101, puis les créanciers privilégiés sur les immeubles. Ainsi l'art. 2105 établit disertement la préférence des priviléges généraux sur les priviléges spéciaux qui affectent les immeubles. Ils marchent donc avant le vendeur de l'immeuble, avant ceux qui ont fourni des deniers pour son acquisition, avant les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers qui ont édifié ou réparé les bâtiments.

Mais si les priviléges généraux sont préférés au privilége spécial du vendeur de l'immeuble, on se demande pourquoi ils seraient vaincus par le privilége spécial du vendeur d'un meuble.

Le propriétaire locateur n'est, sous bien des rapports, qu'un vendeur des fruits naturels de son fonds. Festus nous apprend que chez les anciens Romains on appelait souvent *vente* le contrat de louage; car le locateur *vend les fruits ou l'usage de sa chose*: « Venditiones olim dicebantur censorum locationes, quod velut fructus publicorum » locorum venibant. » Et Cujas [3] et Pothier [4] enseignent la même chose. Il devra donc laisser la prééminence aux priviléges généraux.

L'architecte et les ouvriers qui ont réparé l'édifice ont certainement fait des frais pour la conservation de la chose. Cependant l'article 2105 ne les place qu'après les priviléges généraux. Celui qui a fait des frais pour la conservation d'un meuble ne saurait être de meilleure condition.

La question doit être résolue de la même manière à l'égard du gagiste. A la vérité, il est saisi (*infra*, n° 169), tandis que les privilégiés généraux ne le sont pas; il jouit même d'un droit de rétention, comme nous le verrons plus bas.

Mais d'abord ce droit de rétention est bon à opposer au débiteur, mais non à des créanciers de bonne foi (comme je le dirai *infra*, n°s 169 et 256), dont la cause est préférable à celle du gagiste.

Quant à la possession, elle n'est un motif déterminant de préférence qu'autant qu'il y a égalité de part et d'autre. *In pari causa melior est possidentis conditio. In pari causa!* Or on ne peut pas dire que les choses sont égales. Des priviléges, qui ont paru si favorables qu'on leur a donné le droit de peser sur tous les meubles et sur tous les immeubles, sont d'une condition supérieure aux priviléges spéciaux; tous (les frais de jus-

---

[1] *Voy.*, dans ce sens, La Haye, 3 nov. 1826. *Voy.* aussi *Pasicrisie*, note sur un arrêt de Paris, du 27 nov. 1814.

[2] Je dois dire cependant que la loi hollandaise du 13 mai 1834 donne aux priviléges spéciaux la préférence sur les priviléges généraux (art. 1217. Voy. *Revue étrangère*, par Fœlix, t. 1, p. 644). Mais cette disposition ne peut-elle pas s'expliquer par le génie mercantile du peuple hollandais? Comme c'est le côté moral et humain qui domine en France, je ne crois pas que cette disposition d'une loi étrangère puisse y être regardée comme raison écrite.

[3] Sur les Lois 19 et 20, *de act. empt.*

[4] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 534, note *a*.

lège exceptés) sont fondés sur des sentiments d'humanité. Ils ont été accordés *intuitu pietatis*, tandis que les privilèges spéciaux sont loin d'avoir une cause aussi équitable.

Le privilège du locateur sur les meubles qui garnissent sa maison, tire sa cause d'un droit de gage tacite [1]. Cependant les lois romaines ne faisaient pas difficulté de préférer au locateur celui qui avait avancé les frais funéraires [2]. Telle était aussi l'opinion de presque tous les auteurs anciens, Loyseau, Brodeau, Bacquet, Chopin, Basnage, Pothier (voyez *infra*, n° 76). Pourquoi en serait-il autrement à l'égard du gagiste, puisque la seule différence qu'il y ait entre lui et le locateur, c'est que le droit de gage du premier dérive d'une convention, tandis que celui du second procède de la loi?

Ce que j'ai dit des frais funéraires s'applique aux frais de dernière maladie. On peut consulter ce que dit Loyseau [3] pour prouver qu'ils doivent primer les loyers, et Pothier est enclin à adopter cette opinion [4]. S'ils priment les loyers, ne doivent-ils pas primer aussi la créance du gagiste? Un motif d'humanité n'élève-t-il pas une voix puissante en leur faveur?

Les autres priviléges généraux, étant fondés sur des raisons pareilles d'humanité, devront par identité prendre rang avant le gagiste.

C'est en vain qu'on voudrait argumenter en faveur de ce dernier de l'art. 2073 du Code civil. Ce texte n'en dit pas plus que l'art. 2095. On convient que le gagiste, ayant un privilége, doit être payé avant les autres créanciers; mais cela ne veut pas dire qu'il sera payé avant tous créanciers privilégiés. L'art. 2073 ne parle que des créanciers simples, de même que l'art. 2095.

Ce que je viens de dire du gagiste milite avec une égale force contre la créance de l'aubergiste, du voiturier et de ceux qui ont privilége sur le cautionnement.

75. Persil et Dalloz se prévalent beaucoup des art. 661 et 662 du Code de procédure civile. « D'après ces deux articles, » disent-ils, le locateur, dans une poursuite » en contribution, peut se faire payer de » tous les loyers qui lui sont dus, même » par préférence aux frais de poursuite, » qui sont frais de justice. Ne résulte-t-il » pas de là que le locateur prime les frais » funéraires, les frais de dernière mala- » die, etc.? Or ce que ces articles établis- » sent pour les loyers s'applique aux autres » créances de l'art. 2102, puisque les rai- » sons sont les mêmes, et qu'à l'égard de » presque toutes la préférence est accordée » en faveur du droit de gage qu'a le créan- » cier ou de la possession qu'il a obtenue. »

J'ai déjà répondu à cet argument par les observations que j'ai présentées *supra*, n° 65. Persil et Dalloz s'attachent avec une docilité trop servile à la lettre des art. 661 et 662 du Code de procédure civile.

Et comment ne voient-ils pas qu'à force de vouloir trop prouver, ils ne prouvent rien? Quoi! le privilége du locateur serait préférable aux frais funéraires? Mais l'humanité n'est-elle donc rien? Et n'est-il pas même dans l'intérêt du locateur que sa maison soit débarrassée du corps du défunt, afin que sa propriété ne devienne pas un repaire infect et qu'il puisse l'utiliser?

76. Appelée à se prononcer sur cette question, la cour royale de Paris a donné la préférence à l'opinion que je combats. Favard Langlade a montré, avec beaucoup de raison, combien sont légères les raisons contenues dans son arrêt qui est du 27 novembre 1814. Je me bornerai à dire qu'il est assez étrange que cette cour assure que « *jamais l'on n'a prétendu que les frais » funéraires* et les gages des domestiques » fussent préférés au privilége particulier » du propriétaire. » Mais oublie-t-elle la loi 14, § 1, D. *de relig.*, qui est si formelle; l'autorité de Brodeau [5], de Chopin [6], de Charondas [7] qui étend sa décision aux frais de dernière maladie, de Loyseau [8], de Basnage [9], de Pothier [10], etc.?

La cour de Rouen a jugé aussi, par arrêt du 17 juin 1826, que le privilége des gens de service est primé par celui du propriétaire et du vendeur, par la raison que le privilége spécial affecte davantage la chose; mais cette cour est revenue à l'opinion con-

[1] L. 4, Dig. *quib. caus. pignor. vel hyp.*
[2] L. 14, § 1, Dig. *de relig. et sumpt. funer.*
[3] *Off.*, liv. 3, ch. 8, n° 50.
[4] *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105.
[5] Art. 161, Cout. de Paris.
[6] Cout. de Paris, ch. 20, nos 273, 278.
[7] Cout. de Paris, art. 172.
[8] *Off.*, liv. 3, ch. 8, n° 50.
[9] *Hyp.*, *passim*.
[10] *Procéd. civ.*, p. 106 et suiv. *Orléans*, tit. 20, n° 116, t. 7, p. 498.

traire et seule véritable par un arrêt postérieur du 12 mai 1828. C'est aussi dans ce dernier sens que se sont prononcées les cours de Limoges dans un arrêt du 15 juillet 1813, et de Poitiers dans un arrêt du 30 juillet 1830 [1]. Je citerai enfin un arrêt de la cour de cassation, du 14 décembre 1824, qui donne au privilége général de la douane la préférence sur le privilége spécial du vendeur à la grosse. Les considérants opposent avec une sorte de soin la généralité du privilége de la régie à la spécialité du privilége du prêteur, et il semble résulter de ce rapprochement, que c'est à cause de la vertu que lui donne la généralité que le privilége du trésor a été préféré à celui du prêteur à la grosse.

77. Du reste, le principe que le privilége général l'emporte sur le privilége spécial a ses exceptions.

Les priviléges généraux du trésor sur les meubles des comptables et sur les meubles des condamnés ne passent qu'après les priviléges généraux ou spéciaux énumérés dans les art. 2101 et 2102 du Code civil [2].

De plus, les lois qui ont organisé le privilége général de la douane, ont donné la préférence sur lui aux loyers de six mois et au vendeur qui revendique les marchandises en nature (voy. *supra*, nos 34, 38).

Enfin, le privilége du trésor sur les *fruits*, pour contribution foncière, passe avant tout autre, même les priviléges généraux les plus favorables, quoiqu'il ne soit qu'un privilége spécial (voy. nos 33, 63, 96).

Mais ces cas particuliers ne portent pas atteinte à une conclusion qui découle des dispositions les plus saillantes du Code civil.

77 *bis*. J'arrive maintenant au concours des créanciers privilégiés sur les *immeubles*. Je commence par les priviléges généraux : ce sont ceux dont l'art. 2101 du Code civil donne l'énumération. Il faut y ajouter le privilége que l'art. 3 de la loi du 5 septembre 1807 accorde au trésor sur les biens immeubles du condamné, pour recouvrement des frais de poursuite criminelle, correctionnelle et de police.

On colloque d'abord les priviléges consacrés par les art. 2101 et 2103 du Code civil, puis le privilége du fisc ; ainsi le veut l'article 3 de la loi du 5 septembre 1807.

Quant aux sommes dues pour la défense personnelle du condamné, lesquelles doivent être payées sur le prix des immeubles avant le trésor public, on peut voir ce que j'ai dit ci-dessus, n° 36.

78. Les priviléges spéciaux sur les immeubles sont désignés dans l'art. 2103 du Code civil.

J'y joins le privilége du trésor public sur les biens acquis à titre onéreux par les comptables, postérieurement à leur nomination, sur ceux acquis au même titre et depuis la même époque par leurs femmes [3]. Ce privilége me paraît plus spécial que général ; car il ne frappe que sur les immeubles acquis à titre onéreux, et non sur les autres ; encore, parmi les immeubles acquis à titre onéreux, il n'atteint que ceux dont l'acquisition a été faite depuis la nomination des comptables.

Le trésor de la couronne a un privilége semblable sur les immeubles acquis à titre onéreux par ses comptables [4].

78 *bis*. Pour fixer le rang dans lequel doivent se présenter les priviléges spéciaux sur les immeubles, il faut d'abord écarter les créanciers et les légataires qui demandent la séparation des patrimoines. L'art. 2103 ne les comprend pas parmi les priviléges dont il donne l'énumération. Si l'art. 2111 qualifie de privilége le droit de demander la séparation, ce n'est que relativement aux créanciers personnels de l'héritier ; car c'est seulement à leur égard qu'il y a privilége. Du reste, entre les créanciers de la succession, on ne peut concevoir la possibilité d'un privilége, puisque c'est dans *leur intérêt commun* que le droit de séparation a été introduit [5].

Le privilége du trésor public ne peut donner lieu à aucune difficulté. Il ne s'exerce, d'après la loi du 5 septembre 1807, qu'après les priviléges généraux, dont parle l'art. 2101, et les priviléges désignés en l'art. 2103.

Reste à parler de l'ordre à établir entre le vendeur, le fournisseur de deniers pour l'acquisition d'un immeuble, les cohéritiers ou copartageants, les architectes et ouvriers

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 90.
[2] Loi du 5 septembre 1807.
[3] Ibid.

[4] Avis du conseil d'État du 25 février 1808.
[5] Tarrible, *Privil.*, p. 13, n° 2. Demante, *Thémis*, t. 6, p. 251, 252.

et les prêteurs de deniers pour payer les ouvriers.

Mais ces cinq classes de priviléges se réduisent à trois.

Le bailleur des fonds pour faire l'achat est subrogé à tous les droits du vendeur, lorsqu'il a pris les précautions indiquées dans l'art. 2103, n° 2, du Code civil.

De même, celui qui a baillé des fonds pour payer les ouvriers, prend leur place et jouit de tous leurs droits. Mais s'il arrivait que le vendeur et l'ouvrier n'eussent pas été payés intégralement, et qu'il leur fût dû quelque somme, ils auraient la préférence pour ce reliquat sur les subrogés. C'est ce que décide l'art. 1252 du Code civil (voy. *infra*, n°s 233 et suiv.).

Il n'y a donc en définitive de difficulté que pour assigner un rang au vendeur, à l'architecte et au copartageant.

79. Le privilége du vendeur est fondé sur le droit de propriété. Tant que le prix n'est pas payé, l'aliénation n'est pas entière. C'est aussi sur le droit de propriété qu'est fondé le privilége du copartageant; car, lorsqu'un partage se fait, le copartageant n'est censé abandonner sa part indivise dans la communauté, qu'à condition que la jouissance paisible de son lot lui sera assurée, et que les soultes lui seront payées [1].

Le privilége des ouvriers a une autre cause : c'est que leurs avances ou leurs travaux ont tourné au profit de la chose, et par conséquent de ceux qui ont des droits à exercer sur elle.

80. Ceci posé, il s'agit maintenant d'examiner si le privilége du vendeur ou du copartageant doit être primé par celui de l'ouvrier, qui, du reste, ne porte que sur la plus value au moment de l'aliénation.

Malleville (tome 4, page 253, sur l'article 2103) trouve que la justice doit faire donner la préférence aux ouvriers; cependant il se laisse subjuguer par l'*ordre de numéro* de l'art. 2103, et range les ouvriers après le vendeur; mais c'est là une bien faible considération. L'art. 2103 a fait une énumération et pas un classement. Il suffit

[1] Demante, *Thémis.*, t. 6, p. 250. *Infra*, n° 237.

Cette théorie est tout à fait inexacte. Dans un système de législation tel que celui du Code civil, qui a pour règles fondamentales sur la transmission de la propriété, les deux principes énoncés aux art. 711 et 1583, savoir, que la propriété s'acquiert et se transmet par l'effet seul des obligations, et que la vente est parfaite et la propriété acquise de plein droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique le prix n'ait pas encore été payé, il est impossible de concevoir comment le privilége du vendeur serait fondé sur le droit de propriété. Le défaut de payement du prix empêche si peu que l'aliénation soit entière, que le vendeur qui a opéré la délivrance n'a pas d'autre moyen de reprendre la propriété de la chose vendue, que de faire prononcer la résolution de la vente, le contrat n'étant jamais résolu de plein droit, art. 1184, C. C. On ne peut plus dire aujourd'hui comme en droit romain : *Venditæ res et traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo satisfecerit.* D'ailleurs, en réfléchissant un peu sur la véritable nature des priviléges, on reste convaincu qu'ils ne peuvent, dans aucun cas, avoir quelque rapport avec le droit de propriété sur la chose même; car ils ne constituent, aux termes des art. 2095 et 2093 combinés, qu'un droit de préférence dans la distribution du prix de la chose : d'où résulte tout d'abord qu'au moment où le privilége opère efficacement, la chose doit être convertie dans son prix; car l'objet final du privilége se réduit, en dernière analyse, à un payement par préférence. Ce n'est pas non plus sur le droit de propriété qu'est fondé le privilége de copartageant, puisque l'effet le plus formel du partage opéré, est que chaque cohéritier est censé n'avoir jamais eu la propriété des objets de la succession qui ne sont pas compris dans son lot, art. 883. Ce prétendu droit de propriété sur les objets compris dans les lots de ses copartageants n'est donc plus qu'une négation aux termes mêmes de la loi. C'est donc ailleurs que dans le droit de propriété qu'il faut chercher le fondement du privilége du vendeur. Puisque c'est la qualité de la créance qui détermine le privilége, on ne peut disconvenir que la créance du vendeur résultant du prix de vente ne mérite la plus grande faveur : privé tout à la fois de la chose et du prix, il est certain que l'acheteur et, par une conséquence ultérieure, ses autres créanciers s'enrichiraient aux dépens du vendeur, s'ils pouvaient prendre concurremment et au préjudice de ce dernier, une part dans le prix de cette chose non payée, lequel n'aurait jamais dû se trouver dans le patrimoine ou le gage commun de leur débiteur, si celui-ci avait rempli ses obligations. Le gage commun ne peut consister que dans la chose ou dans le prix qui en représente la valeur, parce qu'il ne peut se trouver légitimement que l'un ou l'autre dans l'avoir du débiteur commun; en prélevant son prix de vente par préférence, le vendeur ne fait réellement aucun tort à la masse qui y a trouvé la chose, l'équivalent du prix. C'est par un motif d'équité analogue que l'acheteur qui détient tout à la fois le prix et la chose, quand celle-ci produit des fruits, doit les intérêts de plein droit, sans stipulation ni mise en demeure. Le privilége du copartageant ne repose pas non plus sur d'autres bases que de pareils motifs d'équité. Il est la conséquence directe de la garantie à laquelle sont affectés les lots respectifs, dans l'intérêt de chaque copartageant. En effet lorsqu'un copartageant est évincé du tout ou de partie de son lot, il devient constant que la succession à partager aurait dû se composer d'autant moins, et dans ce cas tous les lots eussent dû, dès l'origine, diminuer en consistance dans la même proportion. Si maintenant l'effet de la garantie oblige les copartageants à refournir, de leur lot primitif, un lot égal pour l'évincé, n'est-il pas évident que l'avoir réel du cohéritier débiteur, le gage commun de ses créanciers n'eût jamais dû se composer, quant à la succession partagée, que de ce lot ainsi diminué. Le prélèvement par privilége de la valeur de l'éviction ne fait donc aucun tort aux créanciers communs, qui n'ont de gage que sur ce qui doit former l'avoir réel du copartageant, leur débiteur, sur ce qu'il a *in bonis*.

(*Note de l'éditeur belge.*)

pour s'en convaincre, de comparer les expressions dont il se sert, avec l'art. 2101 du Code civil. Pigeau, sans motiver son opinion, fléchit aussi devant la puissance du chiffre, et il fait passer l'architecte après le vendeur [1]. J'ai été surpris de trouver cette doctrine chez un auteur accoutumé à respecter les opinions anciennes; et il est certain que, dans la jurisprudence qui a précédé le Code civil, l'architecte n'était pas primé par le vendeur [2]; le Code civil aurait-il changé l'état des choses? Cela n'est pas présumable : on ne peut croire qu'il ait voulu que le vendeur s'enrichît aux dépens de l'ouvrier constructeur ou réparateur [3].

Supposons que l'immeuble vendu vaille 100,000 francs, la mauvaise administration de l'acquéreur réduit sa valeur à 60,000 fr.; cependant de nouvelles constructions l'élèvent à 90,000 fr. : voilà une plus value de 30,000 fr., dont il ne serait pas juste que le vendeur s'emparât au détriment de l'auteur de cette plus value.

Je suppose encore qu'un immeuble se trouve situé sur les bords d'un fleuve qui menace de l'envahir, ainsi que cela arrive fréquemment sur les bords de la Garonne. Le détenteur de l'immeuble fait élever des digues et des palissades considérables qui arrêtent les efforts du courant et préservent l'héritage. Sans ces travaux, l'immeuble eût peu à peu disparu, et en peu d'années il eût servi de lit au fleuve dévastateur. Le vendeur de cet immeuble eût par conséquent perdu son gage; il eût été sans recours. Je le demande : serait-il juste que ce même vendeur fût payé du prix dont il est créancier, au préjudice des ouvriers qui lui ont conservé la chose, et à qui il est redevable de n'être pas privé de toute garantie?

80 *bis*. Une autre opinion a été ouverte sur la question que je discute.

Grenier se demande quel parti on devra prendre si le prix des immeubles vendus et réparés ne suffit pas pour payer le vendeur et l'ouvrier? Ce cas peut quelquefois et même souvent se présenter, lorsque l'immeuble a éprouvé dans les mains de l'acquéreur de fortes détériorations, soit par cas fortuit, soit par négligence.

Grenier pense que, lorsque le prix est insuffisant pour payer l'ouvrier et le vendeur, le seul moyen légal de concilier leurs intérêts est de faire concourir l'un et l'autre en proportion de ce qui est dû à chacun d'eux [4].

Il s'autorise d'un arrêt du parlement de Rouen, du 16 juin 1682 [5], rapporté par Basnage, et rendu dans l'espèce suivante, que je crois devoir rapporter :

Bertram avait vendu une maison située à Évreux, pour la somme de 1,400 fr.; Hérichon, acquéreur, y avait fait pour 540 fr. de réparations. Depuis, cette maison fut vendue pour dettes d'Hérichon. La veuve de ce dernier demande à être colloquée par privilége pour la somme employée aux réparations. C'est ce qui fut jugé en première instance; mais Eudeline et Hervaux, créanciers de Bertram, vendeur de la maison, appelèrent de la sentence. M. Néel, leur avocat, disait « que la question était de savoir qui serait préférable, sur le prix d'une maison vendue par décret, ou du vendeur pour prix non payé, ou du créancier des frais de réparations. La difficulté résultait de ce que cette maison avait été vendue 1,400 fr., que l'on y avait fait pour 540 fr. de réparations, et que le prix de la vente judiciaire était de 1,000 fr., seulement, de sorte que, si la sentence était confirmée, le vendeur ne serait colloqué que sur la somme de 460 fr., le surplus étant adjugé pour réparations, *qui peut-être n'avaient pas augmenté la valeur du fonds;* que c'était pour cela que les créanciers du vendeur, représentant ce même vendeur, avaient *demandé que la maison fût visitée* pour connaître la qualité des augmentations, le temps où elles avaient été faites, et si elles augmentaient le revenu; qu'il avait été jugé par plusieurs arrêts *que l'acquéreur ne peut avoir de privilége pour ses réparations que pour autant que l'héritage en est augmenté de valeur; que si le prix de la vente ne suffit pas pour payer le vendeur* [6] *de*

[1] T. 2, p. 502 et suiv.

[2] L. 6, Dig. *qui potior in pign.* Pothier, *Procéd. civ.*, p. 105 et suiv. Basnage, *Hyp.*, chap. 14. Ferrières, vº *Privilége, Dict. de Droit.*

[3] Rejet, 22 juin 1837. Sirey, t. 37, 1re part., p. 776. *Sic*, Tarrible, *Rép.*, vº *Priv.*, sect. 2, § 2, nº 5. Persil, sur l'art. 2103, nº 7. Favard, vº *Priv.*, sect. 3, § 2, nº 1.

[4] T. 2, vº 441, p. 662.

[5] Mon édition de Basnage donne à cet arrêt la date du 5 juin.

[6] Grenier attribue cette proposition à Basnage. Il se trompe. C'est un moyen que mettait en avant M. Néel, avocat des appelants.

prix des augmentations, il est juste que tous portent leur part de la dette. En conséquence les appelants concluaient qu'avant faire droit, il serait dressé procès-verbal des réparations et de leur valeur, pour le tout, fait et rapporté, être jugé ainsi qu'il appartiendra. »

Voici maintenant ce que répondait M. Berheaume pour la veuve Hérichon, intimée.

« Il faut distinguer deux sortes de réparations et d'améliorations : celles qui se font pour le plaisir ou la commodité de l'acquéreur, et celles qui se font pour la conservation et durée de la chose. Pour les premières, l'acquéreur ne peut prétendre le remboursement, que pour autant qu'elles augmentent le prix de la chose; pour les autres, qui sont tellement nécessaires que sans cela la maison aurait été ruinée, le privilége est si fort, qu'il est préférable à toutes autres dettes de quelque nature et qualité qu'elles puissent être. L. 6, D. *qui potior in pign...* Or, les réparations dont il s'agit sont de cette qualité. On a donc bien jugé en ordonnant que l'intimée en serait récompensée. »

Sur ce, la cour, « avant faire droit, ordonne qu'il sera dressé procès-verbal de l'état où était la maison lors de la vente, et de celui où elle est à présent, ensemble des édifications et augmentations, pour le tout fait et rapporté, etc. »

Cet arrêt ne me paraît pas avoir jugé la question dont s'occupe Grenier. Le parlement de Rouen a seulement ordonné un avant-faire-droit et préparé les moyens nécessaires pour constater si ces sommes avaient tourné à l'amélioration de la chose, circonstance que l'on déniait dans l'espèce. Il est donc difficile de trouver, dans cette décision, même un préjugé, sur une difficulté qui est assez grave pour qu'on ne doive la trancher qu'avec des autorités très-ponctuelles.

Je trouve au contraire que le parlement de Rouen a rendu, le 24 avril 1652, un arrêt qui accorde au constructeur la priorité sur le vendeur, dans le cas où le prix de la vente judiciaire de la chose est insuffisant pour payer le vendeur et l'ouvrier [1].

Hélie vend son office de premier huissier de buvetier au bailliage de Rouen à Petit, moyennant 10,000 francs. Petit, voyant que les buvettes n'étaient louées que 50 francs par an à raison de leur mauvais état, les fait réparer; et, pour cet effet, emprunte de l'argent à Regnault, qui prend les précautions nécessaires pour s'assurer que son argent a servi à la réparation dont il s'agit.

Hélie, n'étant pas payé de 6000 francs restants du prix, fait saisir la charge et les buvettes. Le tout ne produit que 7000 fr. Lors de la distribution, Hélie prétendit emporter la somme entière, comme étant créancier de 6000 francs et accessoires.

Regnault, qui avait prêté les fonds pour la réparation, fit valoir que les revenus des buvettes étaient beaucoup augmentés par les bâtiments que l'on avait faits avec ses deniers; car elles étaient louées 280 francs, au lieu de 50 francs. Il disait donc que cette amélioration avait fait monter l'adjudication à un plus haut prix, qu'il était juste qu'il fût payé à proportion de l'augmentation causée par l'emploi de ses deniers.

Le bailli adjugea à Regnault ses prétentions, et sur l'appel, la sentence fut confirmée.

C'est avec plus de fondement, je l'avoue, que Grenier cite un arrêt de la cour de Paris du 13 mai 1815. Dans l'espèce de cet arrêt, que je ne veux pas rapporter dans tous ses détails, l'hôtel *Cambis* avait été acheté 150,000 francs. Un architecte pour le compte de l'acquéreur y avait fait des travaux considérables. L'hôtel ne fut vendu sur l'adjudication que pour le prix de 110,000 francs. Le vendeur prétendit être payé par préférence sur l'architecte; mais son système fut proscrit par le tribunal de première instance.

Sur l'appel, la cour n'embrassa ni le système de préférence du vendeur, ni le système de préférence de l'architecte. Voici sa décision :

« Attendu que, si le vendeur non payé a » un privilége, l'architecte entrepreneur a, » pour prix de ses travaux, un privilége sur » la plus value de l'immeuble existant à l'é» poque de l'aliénation et résultant des tra» vaux qui ont été faits;

» Que ces deux priviléges, ayant un objet » distinct, peuvent s'exercer à la fois, mais » ne doivent jamais se nuire;

» Qu'ainsi, la valeur que l'immeuble au» rait encore si les ouvrages n'avaient pas » été faits demeure réservée au privilége du » vendeur; que le surcroît de valeur donné

[1] Basnage, ch. 14.

» à l'immeuble par les nouveaux ouvrages, » tel que ce surcroît est estimé au moment » de l'aliénation, est affecté au privilége de » l'architecte;

» Que, néanmoins, l'appréciation de cette » *plus value* doit être faite, *non par une es-* » *timation réelle des dépenses même nécessai-* » *res*, mais *par une proportion avec le prix* » *primitif de l'immeuble;*

» Qu'en effet, si, dans l'adjudication d'un » immeuble, le prix pour lequel il est ad- » jugé se trouve inférieur au prix primitif » d'achat augmenté de la valeur des ouvra- » ges, il est juste que cette diminution soit » également applicable à la plus value ré- » sultant des nouveaux ouvrages, comme à » la valeur primitive du fonds vendu, et que » le constructeur ainsi que le vendeur doi- » vent supporter cette diminution de prix » dans la proportion des valeurs qui leur » leur sont afférentes. »

Cet arrêt me paraît susceptible de critique. Son plus grand défaut est de présenter des conséquences qui sont en contradiction avec les principes qu'il pose. La cour royale dit d'abord que les priviléges du vendeur et du constructeur ne peuvent se nuire, parce qu'ils s'exercent sur des objets différents, l'un sur la valeur primitive, l'autre sur la plus value.

Cette proposition est exacte, et je m'en prévaudrai tout à l'heure pour montrer qu'on ne doit admettre ni le système de Pigeau et Malleville, ni celui de Grenier, n° 411.

Mais, par cela même que ces deux priviléges ne peuvent se nuire, la cour royale devait en conclure que la créance de l'architecte ne devait recevoir aucune diminution de son contact avec la créance du vendeur. Au lieu de cela, elle veut que si par la revente il y a une diminution dans le prix de la vente originaire, il y ait aussi une diminution proportionnelle en ce qui touche la plus value! Cela me paraît manquer de logique.

La plus value est, à mon sens, indépendante de tous les déchets dont le vendeur peut être passible par suite de la détérioration de sa chose. Cette plus value doit être estimée par la valeur de l'immeuble au moment de l'adjudication, comparée à ce qu'il valait avant les travaux. Cette base est invariable, et, j'ose dire, la seule sûre.

Ainsi Pierre vend à Titius une maison de campagne valant 100,000 francs. Un incendie brûle une aile de l'édifice, et l'immeuble est réduit à une valeur de 50,000 francs. Cependant des travaux de réparation sont commencés; un entrepreneur fait des améliorations qui portent la valeur de cette maison à 70,000 francs. Si, sur une expropriation forcée, cette maison de campagne, d'abord aliénée pour 100,000 francs, n'est revendue que pour 70,000 francs, faudra-t-il que, suivant le système de la cour de Paris, l'entrepreneur éprouve une diminution sur la créance de 20,000 francs résultant des travaux qui ont amélioré la chose? Parce que le vendeur perd, faut-il que l'entrepreneur perde aussi? Où donc est la solidarité qui les unit?

L'entrepreneur sera toujours fondé à dire :

Au moment où j'ai commencé les travaux, l'immeuble ne valait que 50,000 fr. Mes améliorations lui ont donné une plus value de 20,000 francs. Cette plus value m'appartient pour le total. Le vendeur n'y a de droit que quand j'aurai été désintéressé. Si la maison eût été adjugée avant mes impenses, il n'aurait pu espérer qu'un prix de 50,000 francs tout au plus; et peut-être même n'aurait-il pas trouvé d'acheteurs qui eussent voulu se charger d'un édifice à demi ruiné par les flammes, et sollicitant des travaux de réparation très-dispendieux.

Voici donc quelle est sur tout ceci l'opinion qui me paraît devoir prévaloir.

C'est par une véritable confusion de mots qu'on parle de préférence entre le constructeur ou réparateur et le vendeur ou copartageant. Il ne peut y avoir de préférence qu'entre créanciers venant en concours sur le même objet; et ici la possibilité de ce concours n'existe pas, puisque le privilége de l'ouvrier et celui du vendeur ou copartageant portent sur des objets différents. Chacun se fera donc payer sur les deniers qui lui sont affectés par privilége, sans avoir à craindre la concurrence l'un de l'autre.

Ainsi, toutes les fois qu'un créancier pour frais de réparations se présentera à un ordre en même temps qu'un vendeur ou copartageant, on déterminera la valeur de l'immeuble à l'époque où les travaux auront été entrepris, et cette valeur sera allouée pour le tout au vendeur ou copartageant. Tant pis pour eux si l'immeuble s'est détérioré entre les mains du détenteur.

On estimera ensuite la plus value que les travaux auront procurée à l'immeuble et

qui sera arbitrée par la valeur de ce même immeuble au moment de l'adjudication. Et cette plus value sera attribuée pour le total à l'ouvrier, quelque étendue qu'elle soit, sans que le vendeur ou le cohéritier puissent s'en plaindre.

Ces principes me paraissent être ceux de Tarrible [1]. Mais je les formule ici d'une manière plus claire.

81. Pour terminer sur le concours des priviléges spéciaux entre eux, je dirai un mot du cas où le vendeur se trouverait en lutte avec un copartageant.

Sur ce point, j'emprunterai à Demante [2] les paroles suivantes : « La nature du privi-
» lége du vendeur et du copartageant étant
» identique, la question doit se résoudre
» entre eux comme elle se résoudrait entre
» deux vendeurs successifs; la préférence
» appartient à l'un ou à l'autre, selon que
» le partage a précédé ou suivi la vente. »

82. Il ne me reste plus qu'à parler de l'ordre dans lequel doivent marcher les priviléges généraux sur les immeubles, lorsqu'ils sont en contact avec les priviléges spéciaux sur ces mêmes immeubles.

Mais ici la question est simple. Le Code civil, art. 2105, l'a résolue en faveur des priviléges généraux.

Le privilége général du trésor sur les biens du condamné est le seul qui, par une exception remarquable, ne prenne rang qu'après les priviléges généraux énumérés dans l'art. 2103 [3].

ARTICLE 2097.

Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence.

SOMMAIRE.

83. De la loi 32, Dig. *de reb. auct.*, qui pose le principe de la concurrence.
84. Raison d'icelle.
85. Conciliation de deux passages de Loyseau.
86. La loi romaine n'a été faite que pour des priviléges purement personnels. Comment il se fait qu'on l'a appliquée dans le droit français à des priviléges devenus réels. Remarques à ce sujet. La loi *Privilegia* n'a-t-elle pas été détournée de son véritable sens?
87. Signification du mot *rang*. Exemples.
88. On doit se défier de l'ancienne jurisprudence sur certaines égalités de rang.
89. De deux cessionnaires d'une même créance privilégiée. Ils concourent, quoique la cession de l'un soit antérieure à celle de l'autre.
89 *bis*. Concurrence des frais de justice d'origine diverse. Critique d'un arrêt de la cour de Paris.

COMMENTAIRE.

83. J'ai cité plus haut (nº 22) la loi *Privilegia* 32 au D. *de rebus auct. jud. possid.* [4], qui pose le principe consacré par l'art. 2097. Je crois devoir rappeler les expressions de cette loi, qui est un des fondements du système des priviléges. *Privilegia non tempore æstimantur sed ex causa; et si quidem ejusdem fuerint tituli, concurrunt, licet diversitas temporis in his fuerit.*

Telle est aussi la doctrine de nos anciens auteurs : par exemple, de Loyseau dont j'ai déjà rapporté le texte. J'ajoute ici la citation suivante, empruntée au même auteur [5] :

« Si donc deux privilégiés ont un privi-
» lége égal ou du même titre, c'est-à-dire
» un même privilége, comme ceux qui ont
» prêté pour l'achat de l'office, ils concou-
» rent ensemble, bien que l'un ait fait son
» prêt plus tôt que l'autre ; et la raison de
» cette concurrence est que, ne pouvant user
» de leurs priviléges *contra æque privilegiatos, res reducitur ad jus commune*, qui est
» de concourir et de venir à contribution

---

[1] *Rép.*, vº *Privilége.*
[2] *Thémis*, t. 6, p. 250.
[3] Art. 3 de la loi du 5 septembre 1807.
[4] Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 186, nº 34.
[5] *Off.*, liv. 3, ch. 8, nº 36.

» l'un avec l'autre en deptes personnelles.
» Mais ès hypothécaires, c'est un droit perpétuel que *qui prior est tempore, potior est* » *jure.* »

On conçoit, en effet, sur quoi est fondée la nécessité de cette concurrence entre créanciers ayant le même rang ; car si deux titres égaux se rencontrent, ils se choquent et s'empêchent l'un l'autre. *Mutuo se impediunt et confunduntur.* C'est ce qui a fait dire à Covarruvias : « Qui privilegium simile » habet in re et specie de qua agitur, non » potest uti contra eum qui simile in re » habet privilegium. » Même doctrine dans Merlinus [1], dans Basnage [2] et Domat [3]. Balde avait dit avant eux, dans son langage souvent très-expressif : « Quando concurrunt » duæ virtutes paris potentiæ, tantum juris » habet una ad retinendum, quantum altera » ad obtinendum [4]. »

85. Je sais bien que Loyseau ajoute quelque chose que certains jurisconsultes [5] ont trouvé contradictoire avec ce qui précède. Il dit en effet : « *Aux priviléges réels* il n'y » a point de concurrence comme de ceux » qui ont prêté pour l'achat d'une maison » sous divers contrats portant hypothèque ; » le premier en hypothèque doit être mis » en ordre devant l'autre. »

Mais Loyseau écrivait ceci à une époque où, comme je l'ai dit ci-dessus (n° 23), on tenait encore au système des Romains, où les priviléges n'étaient considérés que comme donnant lieu à des poursuites personnelles sans affectation sur la chose, et où il fallait une stipulation d'hypothèque, soit expresse, soit tacite, pour que le privilége affectât la chose. Or, on voit que Loyseau ne parle que de priviléges réels, c'est-à-dire d'*hypothèques privilégiées*, ainsi qu'il prend soin de l'expliquer (n° 21) ; et puisqu'il s'agissait d'hypothèque, il fallait bien consulter la date, pour établir la différence d'après la raison donnée par Cujas et rapportée ci-dessus (n° 19).

Ainsi, cette décision de Loyseau ne s'applique pas aux priviléges proprement dits ; elle ne concerne que les hypothèques. Je ne vois donc aucune contradiction dans la doctrine qu'il émet. Lorsqu'il s'occupe de l'office, qui n'avait pas de suite par hypothèque, qui ne pouvait être l'objet que de simples *priviléges personnels*, il prononce qu'entre les divers bailleurs de fonds il y a égalité, quelle que soit l'époque des prêts ; car la faveur de ces prêts est la même, et, en matière de priviléges personnels, c'est la faveur de la cause, et non la date, qu'on doit considérer.

Mais, lorsque Loyseau parle de prêts faits par acte authentique pour l'achat d'un immeuble, il remarque que l'hypothèque se joint ici au privilége personnel, qu'il y a affectation sur la chose; et que le premier prêt doit être préféré au second, d'après les principes généraux qui veulent que la préférence entre créanciers hypothécaires se règle par la date de l'hypothèque.

86. Cependant, comme je l'ai dit plus haut (n° 23), il se fit, après l'époque où écrivait Loyseau, une espèce de révolution dans le système des priviléges. La distinction des priviléges en personnels et réels, que Loyseau avait encore enseignée d'après les principes du droit romain, s'effaça peu à peu. Tous les priviléges devinrent réels ; ils eurent, par le seul fait de la loi, une assiette déterminée, et ils arrivèrent au point de faveur de remplacer l'hypothèque privilégiée des Romains, et d'obtenir la préférence sur les hypothèques simples.

Cette transition insensible, née du mélange des principes du droit romain avec les principes du droit français et de l'ignorance des praticiens, amena pour résultat d'appliquer aux priviléges réels le principe de concurrence que la loi *Privilegia* n'appliquait qu'aux priviléges personnels. Et en effet, dès qu'on vit que le privilége primait l'hypothèque, on considéra ces deux droits comme étrangers l'un à l'autre. L'idée d'hypothèque se détacha tout à fait de l'idée de privilége, et la règle des temps fut oubliée dans le régime des priviléges, et ne résida plus que dans le régime des hypothèques. C'est de cette confusion des priviléges personnels avec les hypothèques privilégiées qu'il arriva que ce qui, dans le droit romain, ne concernait que les priviléges personnels, fut étendu à tous les priviléges.

Cependant cette jurisprudence eut de la peine à s'établir. Basnage rapporte un arrêt

[1] *De pign.*, lib. 3, cap. 2, q. 63.
[2] Part. 1, ch. 16, p. 72, col. 2.
[3] Liv. 3, sect. 5, art. 2.
[4] Sur la loi 38, Dig. *comm. divid.*
[5] *Voy.* la plaidoirie de M. Gérard : dans Basnage, *Hyp.*, ch. 14, p. 76, col. 2.

solennel du parlement de Rouen, en date du 28 juin 1668, qui décida, après une discussion approfondie, qu'entre deux prêteurs également privilégiés la préférence devait être accordée à celui qui avait le double privilége du temps et de la cause [1].

La même chose fut jugée au parlement de Bretagne, le 3 janvier 1667, par un arrêt dans l'espèce duquel un sieur de Bellefosse avait pris de l'argent à rente de deux prêteurs pour payer la dot de sa fille.

La question s'étant présentée depuis au parlement de Rouen, il y eut partage à l'audience de la grand'chambre du 28 février 1675, et les parties s'accommodèrent.

Mais postérieurement la concurrence fut adoptée par la jurisprudence des arrêts. Basnage donne un arrêt du parlement de Rouen du 1er août 1676, qui le juge ainsi. Elle n'a plus été mise en doute parmi les jurisconsultes.

Je ne peux m'empêcher de remarquer cependant que la jurisprudence qui avait précédé n'était pas sans quelque fondement.

En effet, puisque le privilége produit de plein droit en France une affectation sur la chose, on ne conçoit pas facilement pourquoi l'ordre du temps n'est compté pour rien. Par cette affectation, le débiteur s'est dépouillé en quelque sorte du bien soumis au privilége. Cette espèce d'aliénation est irrévocable, et il n'a pu affecter ce même bien à de nouveaux priviléges que jusqu'à concurrence de ce qui restait libre.

Je conçois bien qu'entre créanciers qui n'ont de droit que sur la personne et nullement sur la chose, l'ordre des temps ne soit compté pour rien dans la fixation des rangs. J'en ai donné la raison (*supra*, n° 14). Je conçois également que la même chose eût lieu chez les Romains, pour les priviléges attachés aux actions personnelles; car les priviléges n'affectaient pas les biens, et dès lors le créancier, ne s'étant réservé aucun droit sur les biens, n'avait aucune raison pour s'appuyer sur le privilége des temps, à l'effet de se faire payer avant les autres créanciers.

Mais, lorsqu'il y a affectation sur la chose, ainsi que cela existe dans le système de nos priviléges, celui qui est le premier en date est pour ainsi dire saisi de cette chose avant les créanciers postérieurs, qui ne peuvent prétendre de droits qu'autant qu'il sera renvoyé indemne pour le total. Cela a lieu pour les hypothèques. On ne voit pas de raison pour faire une différence à cet égard entre les priviléges et les hypothèques, d'autant que, comme je l'ai prouvé ci-dessus (n° 27), nos priviléges ont le cortége et le secours d'une espèce d'hypothèque tacite, qui frappe la chose sur laquelle ils sont assis. On voit donc que *logiquement* il est fort difficile de trouver dans les priviléges réels l'identité de rang qui conduit à la concurrence.

Quoi qu'il en soit, la loi existe [2]. Le Code civil a cru devoir consacrer la jurisprudence telle qu'il l'a trouvée établie. Peut-être eût-on mieux fait de voir sur quels fondements fragiles elle était fondée; mais on a plié devant la règle de la loi *Privilegia*, qui a paru respectable par son antiquité, mais qui, détournée de son véritable objet, a donné un libre champ à l'erreur des praticiens.

67. Le Code dit, dans notre article, que les créanciers privilégiés *qui sont dans le même rang* sont payés par concurrence.

Que signifie ce mot *rang?*

« On ne peut regarder comme étant dans » le même rang, dit Tarrible [3], ni les divers créanciers ayant des priviléges généraux sur les immeubles, ni les divers » créanciers ayant des priviléges spéciaux » sur certains meubles, ni les divers créanciers ayant privilége sur les immeubles, » puisque la loi assigne nominativement des » préférences entre les divers priviléges » compris dans chacun de ces trois genres.

» On ne peut pas même faire résulter » l'identité du rang de l'identité du privilége. L'art. 2103, n° 1, en fournit une » preuve : lorsqu'il y a eu plusieurs ventes » successives d'un immeuble, et que le prix » de ces ventes est dû aux vendeurs respectifs, chacun de ces vendeurs a un privilége de même nom, de même nature, sur » l'immeuble vendu; mais le premier est » préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite [4].

[1] Les deniers avaient été prêtés pour l'achat d'un [of]fice. Du temps de Basnage, les offices étaient susceptibles [d'h]ypothèque; ce qui était problématique du temps de [Lo]yseau (*Offices*, liv. 3, ch. 8, n° 28, et liv. 3, ch. 3). [Qu]ant à Basnage, sur l'aptitude de l'office à être hypothé[qué], *voy.* ch. 10.

[2] Art. 2103, n° 2, du Code civil; et *infra*, n° 87.

[3] *Rép.*, v° *Privilége.*

[4] Le même cas se présente, mais dans un ordre inverse, pour différents prêts successifs à la grosse.

» On ne peut considérer comme étant » dans le même rang proprement dit, que » les créanciers qui y *sont nominativement* » *placés par la loi.* Ainsi, les boulangers et » les bouchers, désignés dans l'art. 2101, » (n° 5); les divers prêteurs d'argent pour » payer le prix d'une acquisition d'immeu- » bles, désignés dans l'art. 2103, n° 2; les » prêteurs de deniers pour payer ou rem- » bourser des ouvriers désignés dans le » même article, n° 5, sont placés nomina- » tivement dans le même rang et doivent » être payés par concurrence : c'est-à-dire » qu'en cas d'insuffisance du prix, chacun » doit en recevoir une part proportionnelle » au montant de sa créance. »

Cette explication de Tarrible mettra à même de juger facilement des cas où la concurrence doit être rejetée ou admise.

Ainsi seront payés par concurrence les médecins, apothicaires, garde-malades qui auront soigné le défunt dans sa dernière maladie (2101, n° 3).

Il en sera de même des maîtres de pension, et marchands en gros pour fournitures de subsistances faites pendant la dernière année (2101, n° 5); des ouvriers quelconques qui auront été employés, chacun pour ce qui concerne leur profession, pour la conservation de la chose mobilière (2103, n° 4); des architectes, entrepreneurs, maçons et autres, employés pour édifier, reconstruire ou réparer des choses immobilières quelconques (2103, n° 4).

Je crois aussi que les priviléges du trésor public, pour frais de poursuites criminelles et sur les meubles des comptables, doivent être payés par concurrence (voy. *supra*, n°s 35, 38, 39).

88. En se pénétrant des principes qui déterminent l'identité de rang, on verra aisément que certains priviléges, que dans l'ancienne jurisprudence plusieurs auteurs faisaient concourir les uns avec les autres, ne peuvent plus aujourd'hui marcher sur la même ligne. Ainsi, on n'aura plus à examiner si les chirurgiens, apothicaires et autres, doivent aller d'un pas égal avec celui qui aurait fait les frais funéraires. Cette opinion, enseignée par Pothier [1], ne paraît plus être admissible d'après l'article 2101 du Code civil.

89. Puisque c'est un principe constant que les priviléges placés dans le même rang doivent concourir, on doit conclure qu'il ne faut pas établir de préférence entre deux cessionnaires de parties d'une créance privilégiée, quoique la cession faite à l'un soit antérieure à l'autre. C'est ce que la cour de cassation a décidé par arrêt du 4 août 1817 (voy. *infra*, n° 366). Grenier, qui examine cette question, se décide aussi pour la concurrence; et en effet, les cessionnaires exerçant les droits des cédants privilégiés en leur lieu et place (art. 2112 du Code civil), n'ont que des droits égaux et ne peuvent prétendre à aucune préférence l'un sur l'autre.

89 *bis*. La même règle sert à décider la question de savoir si l'on doit établir une hiérarchie de préférence entre les créanciers de divers frais de justice qui se présentent dans la même distribution. Par arrêt du 27 mars 1824, la cour royale de Paris a jugé que les frais *de scellés* doivent être colloqués avant les frais *de garde des scellés*, et les frais de garde avant les frais *d'inventaire*. Mais en présence d'une pareille décision, que devient la règle de la concurrence entre priviléges placés dans le même rang? La cour de cassation a été bien plus fidèle aux principes, lorsque, par arrêt du 8 décembre 1825, elle a décidé que les frais de curatelle à succession vacante, ceux de scellés, d'inventaire, de prisée et de vente faits pour la conservation et la liquidation en argent des meubles d'un individu, devaient être payés par concurrence comme occupant le même rang.

[1] *Procéd. civ.*, t. 6, p. 165.

ARTICLE 2098.

Le privilége à raison des droits du trésor royal, et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent.

Le trésor royal ne peut cependant obtenir de privilége au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers.

SOMMAIRE.

90. Privilége du fisc. Il ne nuit pas aux droits acquis à des tiers avant le Code.
91. Division de la matière.
92. Des priviléges établis *postérieurement au Code civil.* 1° Privilége sur les biens des comptables. Il est général sur les meubles et spécial sur les immeubles. En ce qui concerne les immeubles, doit être inscrit dans les deux mois. *Quid* s'il y a transcription par l'acquéreur ?
92 *bis*. L'acquisition faite par le comptable avant sa nomination, mais payée depuis, n'est pas soumise au privilége. *Quid* de l'immeuble acquis et payé depuis la nomination, mais avant l'entrée en fonctions ?
93. Privilége du fisc sur le *cautionnement* des comptables.
93 *bis*. Privilége du trésor de la couronne sur les meubles, immeubles et cautionnement de ses comptables.
94. Privilége du trésor pour recouvrement des frais de justice en matière répressive. La partie civile n'a pas de privilége.
94 *bis*. Le privilége du fisc pour recouvrement des frais de justice criminelle est général sur les meubles du condamné. Frais pour la défense. Manière de les régler.
94 *ter*. Privilége du fisc sur les immeubles pour les mêmes frais de justice. Son rang. A quoi il se réduit. A quel jour il remonte. Doit être inscrit dans les deux mois du jugement.
95. Ce privilége frappe sur les biens aliénés depuis le mandat d'arrêt, ou, à défaut, depuis le jugement. *Quid* si l'acquéreur transcrit quinze jours avant *le jugement* de condamnation ? Le trésor, ne pouvant prendre inscription dans la quinzaine de la transcription, puisque le jugement n'est pas rendu, perdra le droit de suite.
95 *bis*. Mais, en prenant inscription dans les deux mois du jugement, le trésor, quoique privé du droit de suite sur l'immeuble, conservera son rang sur le prix, si les choses sont encore entières.
95 *ter*. Le privilége du trésor sur les biens du condamné n'a pas lieu pour le recouvrement des amendes. Lois romaines. Jurisprudence. Argument de l'article 2202 du Code civil.
96. Privilége du trésor pour le recouvrement des contributions directes. Contribution foncière privilégiée sur les fruits de la chose. Contribution pour portes et fenêtres, personnelle et mobilière, privilégiée sur les meubles. *Privilége* pour droit de *timbre et amendes de contravention* audit cas de *timbre*.
97. Priviléges fiscaux *antérieurs au Code* et maintenus par lui. Privilége sur les *revenus* des biens pour droit de mutation par décès. Dissentiment avec Dalloz. Mais le privilége sur les *revenus* ne s'étend pas sur le *prix* des immeubles. Le fisc ne peut exercer son droit de privilége sur les revenus de l'immeuble héréditaire passé dans les mains d'un tiers détenteur. Omission de Grenier et Persil.
98. Privilége de la douane. Renvoi.
99. Privilége de la régie des contributions indirectes.
99 *bis*. Éléments de ces priviléges. Renvoi.

COMMENTAIRE.

90. Notre article s'est contenté de jeter le fondement du privilége du fisc. Il a laissé à d'autres lois le soin de l'organiser. Mais il n'a pas voulu que ces lois nouvelles pussent nuire aux priviléges déjà acquis ; car c'eût été lui donner un effet rétroactif. Il a donc consacré l'inviolabilité des droits acquis à des tiers, *au moment* de la promulgation de ces lois.

Du reste, ce serait une erreur de croire que le fisc ne peut avoir de préférence au préjudice de droits acquis *après* la promulgation de ces mêmes lois : car il est de l'essence du privilége de primer des droits plus anciens que lui [1].

91. Je vais passer en revue les différentes lois qui se sont occupées des priviléges du fisc. Je parlerai d'abord de celles qui ont

[1] L'art. 2098, C. civ., portant que le trésor public ne peut obtenir de privilége au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers, ne doit s'entendre que des droits acquis avant les lois qui ont organisé le privilége

suivi la promulgation du Code civil, et ont, en quelque sorte, complété l'article 2098. Je m'occuperai ensuite des priviléges que le Code civil a trouvés existants au profit du trésor, et qu'il n'a pas été dans son but de modifier [1].

92. Une loi du 5 septembre 1807 s'occupe du privilége du trésor sur les biens des comptables. Ce privilége frappe les meubles et les immeubles.

En effet, l'art. 2 porte ce qui suit :

« Le privilége du trésor public a lieu sur » tous les biens *meubles* des comptables [2], » *même à l'égard des femmes séparées de biens,* » *pour les meubles trouvés* dans la maison » d'habitation du mari, à moins qu'elles ne » justifient légalement que lesdits meubles » leur sont échus de leur chef, ou que les » deniers employés à l'acquisition leur ap- » partiennent [3].

» Ce privilége ne s'exerce néanmoins qu'a- » près les priviléges généraux et particuliers » énoncés aux art. 2101 et 2102 du Code » civil [4].

Voilà pour le privilége sur les meubles. Il est général.

Quant au privilége sur les immeubles, il ne frappe que sur certains d'entre eux. Ce sont 1° les immeubles acquis *à titre onéreux* par les comptables *postérieurement à leur nomination* [5]. La raison de ceci est que l'on suppose que ces immeubles ont été acquis des deniers du trésor [6].

3° Les immeubles acquis *au même titre* et *depuis cette nomination* par leurs femmes, même séparées de biens.

La loi considère ici les femmes des comptables comme personnes interposées. Elle a voulu par cette présomption prévenir les fraudes. Cependant elle n'a pas posé une présomption *juris et de jure*. La femme peut prouver que les immeubles ont été acquis de deniers à elle appartenants. Ils sont alors exempts de privilége, d'après le paragraphe final de l'article [7].

Malgré ces précautions, rien n'est plus facile que d'éluder la vigilance de la loi; et l'expérience en offre tous les jours la preuve. Comme il n'y a de personne présumée interposée que la femme, les comptables font ordinairement faire leurs acquisitions par leurs proches parents, par leurs fils ou frères; ils échappent ainsi au privilége du trésor. Toutefois, si l'État parvenait à prouver que ces acquisitions sont simulées, et ont été faites des deniers du trésor, il pourrait étendre jusqu'à elles le privilége qui lui est accordé. Ainsi jugé par arrêt de la cour de Limoges, du 22 juin 1808 [8].

Du reste, ce privilége sur les immeubles ne peut préjudicier 1° aux créanciers privilégiés désignés dans l'art. 2103 du Code civil, lorsqu'ils se sont mis en règle;

2° Aux créanciers désignés aux art. 2101, 2104, 2105 du Code civil, dans le cas prévu par le dernier de ces articles;

3° Aux créanciers du précédent propriétaire qui ont sur le bien acquis des hypothèques légales existantes indépendamment de toute inscription, ou toute autre hypothèque valablement inscrite (même loi, article 5).

Le privilége du trésor sur les immeubles acquis à titre onéreux par le comptable depuis sa nomination est soumis à l'inscription. Cette inscription doit être faite dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte translatif de propriété (art. 5). Mais si le comptable revendait tout de suite et avant l'expiration des deux mois, et qu'il y eût transcription par l'acquéreur, on se réglerait par ce qui sera dit plus bas [9].

Quant aux biens acquis par le comptable à titre non onéreux et aux biens qu'il possé-

---

du trésor, et non pas des droits antérieurs à toute époque où la créance privilégiée du trésor a pris naissance. Paris, 4 mars 1839. Sirey, t. 39, 2e part., p. 136. *Sic*, Tarrible, *Répert.*, v° *Privilége de créance*, sect. 2, § 2, n° 7.

[1] Tarrible s'est occupé de cette matière dans un article du *Répertoire*, qui sera toujours consulté avec fruit (*Répert.*, v° *Priviléges*). Grenier parle aussi des priviléges du trésor (*Hypoth.*, t. 2, nos 305, 415 et suiv.).

[2] Ce privilége frappe les biens meubles des receveurs des contributions. (Brux., cass., 25 mai 1836, et Gand, 1er avril 1837, chambres réunies.)

[3] Brux., cass., 1er avril 1839.

L'art. 2 de la loi du 5 septembre 1807 n'a établi d'exception à l'étendue du privilége du trésor public sur les biens meubles des agents comptables qu'en faveur de femmes mariées qui, revendiquant les meubles trouvés dans les maisons d'habitation de leur mari, feraient les justifications exigées par cet article. La femme commune en biens ne jouit point de ce droit de distraction.

[4] Le privilége du trésor public établi sur les meubles pour payement de la contribution mobilière, portes et fenêtres, prime le privilége du bailleur. (Brux., cass., 14 janvier 1841, *J. de Brux.*, 1841, p. 90.)

[5] Conf. à l'édit du roi de 1669, art. 3.

[6] Pothier, *Procéd. civile*, t. 6, p. 165.

[7] *Voy.* la loi dans Dalloz, v° *Hyp.*, p. 76.

[8] Dalloz, v° *Hyp.*, art. 5, p. 76.

[9] Nos 280, 281, 315, 316 et 95 *bis*. Grenier, t. 2, n° 416, p. 164.

dait avant sa nomination, ils sont frappés d'une hypothèque légale dont je parlerai en son temps [1].

92 *bis*. On demande quel serait le sort d'une acquisition que le comptable aurait faite avant sa nomination, mais qu'il n'aurait payée que depuis.

On demande aussi si le privilége du trésor pèserait sur un immeuble qu'il aurait acquis et payé dans l'intervalle de sa nomination et de son entrée en fonctions.

Ce dernier cas ne peut faire l'objet du moindre doute. La loi est si formelle, qu'il n'est pas possible de reculer devant son application [2]. Vainement dira-t-on que l'acquisition ne peut être présumée faite des deniers de l'État, puisque l'acheteur n'était pas encore en fonctions. L'inflexibilité du texte ferait repousser cette raison d'équité.

L'autre question est plus sérieuse.

On peut dire que, tant que l'immeuble n'est pas payé, il n'est pas encore acquis définitivement par l'acheteur. « Venditæ vero » res et traditæ non aliter *emptori adquirun-* » *tur* quam si is venditori pretium solverit. » Inst. *de rer. divis.*, § 35. On peut ajouter que, le prix n'étant payé que postérieurement à l'entrée en fonctions du comptable, on se trouve dominé par la présomption qui a fait établir l'art. 4 de la loi du 5 septembre 1807, savoir: que l'immeuble a été payé des deniers du trésor.

Quelque puissantes que soient ces raisons, je crois qu'elles doivent céder devant le texte de l'art. 1583 du Code civil, qui porte que la propriété est *acquise* de droit à l'acquéreur, lors même qu'il n'a pas encore payé le prix. L'immeuble était donc *acquis* avant la nomination du comptable.

Quant à la présomption de la loi, on peut répondre qu'elle est combattue par cette autre considération, que l'acheteur, ayant traité avant d'être nommé comptable et par conséquent avant de savoir qu'il deviendrait détenteur des deniers de l'État, n'a pas dû compter sur ce moyen pour satisfaire à l'obligation qu'il contractait: d'où il suit qu'on doit supposer qu'il avait par devers lui des ressources suffisantes pour payer le vendeur aux termes convenus [3].

93. Le trésor public a un privilége sur le fonds de cautionnement des comptables [4].

On connaît la règle générale posée par l'art. 2102, n° 7. Le cautionnement est le gage spécial et l'assurance du gouvernement pour les deniers dont il confie le maniement à ses agents. Je reviendrai sur cette matière aux n°s 208 et suivants.

Mais quelle est l'étendue de ce privilége? Le cautionnement répond-il, par exemple, des amendes? Cette question sera traitée n° 210 sous l'art. 2102.

Observons, du reste, que la loi n'entend parler ici que de ceux qui sont comptables envers le trésor. Mais on ne doit pas l'étendre aux cautionnements fournis pas les agents de change, huissiers, etc., lesquels ne sont pas comptables envers le gouvernement. A la vérité, ils sont soumis à l'obligation de fournir un cautionnement; mais c'est pour répondre de leurs prévarications envers les particuliers. Le gouvernement n'a de privilége sur leur cautionnement qu'autant qu'il se sert comme personne privée de leur ministère. On verra au n° 95 *ter* la citation d'un arrêt de la cour de cassation qui a décidé que le trésor, créancier d'un agent de change pour amendes prononcées par le tribunal correctionnel, n'avait pas de privilége sur son cautionnement.

93 *bis*. Le même privilége que l'on vient de voir exister en faveur du trésor public sur les meubles et immeubles des comptables et sur leur cautionnement, a été étendu au trésor de la couronne, par un avis du conseil d'État du 25 février 1808. « On a » pensé que les dépenses nécessaires pour » la représentation de la souveraineté sont » des dépenses publiques, toujours à la » charge du trésor public, soit directement, » soit indirectement; que le trésor de la » couronne n'est qu'une fraction du trésor » public...; que si l'art. 2098 du Code civil » ne le porte pas textuellement, c'est qu'à » l'époque de sa rédaction, la liste civile » n'était pas encore formée, etc. » Tels sont les principaux motifs de l'avis précité.

94. Une autre loi du 5 septembre 1807 organise le privilége du fisc pour recouvrement des frais de justice criminelle, correctionnelle et de police [5].

[1] Art. 6 de la loi du 5 décembre 1807.
[2] Persil, *Comm.*, art. 2098, n° 9, p. 11. Dalloz, v° *Hypoth.*, p. 76.
[3] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 76, n° 7.
[4] Art. 5, loi du 5 septembre 1807.
[5] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 75, note 1.
Le privilége du trésor public pour les frais d'une poursuite motivée par des faits antérieurs à la faillite,

Les droits du trésor pour le recouvrement de ces frais avaient été fixés par la déclaration du 16 août 1707, qui a subsisté jusqu'à la promulgation des lois qui suppriment les amendes dites *arbitraires*, lesquelles tenaient lieu d'indemnité pour les frais exposés pour la poursuite des délits [1].

Une loi du 18 germinal an 7 voulut que tout jugement d'un tribunal répressif, portant condamnation à une peine quelconque, prononçât en même temps au profit du trésor public le remboursement des frais auxquels la poursuite et la punition des crimes auraient donné lieu, en réservant néanmoins la *préférence aux indemnités accordées à ceux qui auraient souffert un dommage résultant du délit.*

Mais cette prérogative attribuée à la partie civile ne fut pas de longue durée. La loi du 5 pluviôse an 13 statue en effet qu'en matière correctionnelle, ceux qui se constitueraient *partie civile* seraient chargés personnellement des frais de poursuite : qu'en matière criminelle les frais de poursuite seraient avancés par le trésor public; mais que ceux qui se constitueraient partie civile seraient personnellement tenus de rembourser les frais au trésor public, sauf leur recours contre le condamné.

Ainsi non-seulement la préférence résultant de la loi du 18 germinal an 7 fut ôtée à la partie civile, mais même on la rendit responsable envers le fisc [2].

Restait à fixer les droits du trésor lorsqu'il se trouve en concours avec d'autres que la partie civile. C'est ce que fait la loi du 5 septembre 1807.

94 *bis*. D'abord l'art. 2 donne au fisc un *privilége général* sur les meubles du condamné. Mais il ne peut s'exercer qu'après les priviléges désignés aux art. 2101 et 2102 du Code civil. De plus, les sommes dues pour la défense personnelle du condamné doivent être préférées. Je ne reviendrai pas sur ce que j'ai dit ci-dessus (voy. nº 36) de la nature du droit érigé ici en faveur de la défense de l'accusé [3]. Je dirai seulement que, d'après l'art. 2 de la loi du 5 septembre 1807, si l'administration des domaines élève des contestations sur les sommes dues pour la défense, ces contestations doivent être réglées d'après la nature de l'affaire par le tribunal qui aura prononcé la condamnation.

94 *ter*. Ce n'est pas seulement sur les meubles que le trésor a privilége pour le recouvrement des frais de justice criminelle. Si les meubles ne suffisent pas, il peut exercer un recours *subsidiaire* [4] *sur tous les immeubles* du condamné; mais il ne l'exerce qu'après les priviléges et droits suivants :

1° Les priviléges désignés dans l'art. 2101 du Code civil, dans le cas prévu par l'article 205.

2° Les priviléges désignés dans l'art. 2103 du Code civil.

3° Les hypothèques légales existantes, indépendamment de l'inscription, pourvu toutefois qu'elles soient antérieures au *mandat d'arrêt*, dans le cas où il en aurait été décerné; et sinon, au *jugement* de condamnation.

4° Les autres hypothèques, pourvu que les créances aient été inscrites au bureau des hypothèques avant le privilége du trésor, et qu'elles résultent d'actes qui aient une date certaine antérieure auxdits *mandat d'arrêt* ou *jugement de condamnation*.

5° Les sommes dues pour la défense personnelle du condamné, sauf règlement.

« Ce privilége se réduit donc, dit Tarrible [5], à faire remonter le droit du fisc

---

prime toute autre créance, encore que la condamnation à ces frais soit postérieure à la faillite. Paris, 4 mars 1839. Sirey, t. 39, 2e part., p. 136.

[1] *Répert.*, vº *Frais des procès criminels.*

[2] *Voy.* aussi les art. 157, 159, 160 du *Tarif* du 16 juin 1811; et la lettre du grand juge, dans Dalloz, vº *Hyp.*, p. 77, note 2.

[3] La loi du 5 septembre 1807, art. 2, accorde bien au défenseur de l'accusé, pour ses frais, une préférence sur le trésor public, mais elle ne lui en accorde aucune sur les autres créanciers, soit privilégiés, soit cédulaires.

Cette loi ne prévoit d'ailleurs que le cas de condamnation, et non celui d'acquittement.

Lorsqu'un failli a été poursuivi pour banqueroute frauduleuse, la créance de son défenseur ne peut tomber directement à charge de la masse, mais elle fait partie du passif de la faillite et demeure comme telle sujette aux mêmes réductions que celles des autres créanciers. (Brux., 23 déc. 1840. *J. de Brux.*, 1841, p. 507. — *Voy.* dans ce sens Tarrible, *Rép. de Merlin*, vº *Privilége*, sect. 2, § 2, nº 7. (Pardessus, *Cours de droit comm.*, nºs 1135, 1191 et 1197, pense que les frais de défense sont privilégiés dans tous les cas; il leur donne la préférence sur les créanciers cédulaires, et les met au sixième rang des priviléges généraux. Boulay-Paty, nº 351; Duranton, t. 10, nº 239, et Vincens, *Législation comm.*, p. 508, sont de cet avis. (*Voy.* aussi Dalloz, vº *Hyp.*, chap. 1er, sect. 2, art. 2, nº 4.)

[4] Persil, art. 2104, nº 1. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 77. Malleville, t. 4, p. 255.

[5] Merlin, *Rép.*, vº *Privilége.*

» au jour du mandat d'arrêt, ou au jour de » la condamnation s'il n'y a pas eu de man» dat d'arrêt ; et à primer les hypothèques » dont la cause, ayant date certaine, se » trouve postérieure à ces deux époques. »

Il est soumis à l'inscription. Il suffit, d'après l'art 3, qu'il soit inscrit *dans les deux mois à partir du jugement*, pour qu'il remonte au jour du mandat d'arrêt; mais, passé ce délai, le privilége s'évanouirait, et serait réduit à la condition de créance hypothécaire, conformément à l'art. 2119 du Code civil.

J'ai dit au commencement de ce numéro que le recours du trésor sur les immeubles du condamné n'est que subsidiaire, c'est-à-dire qu'il ne peut être exercé qu'après l'épuisement des meubles, conformément à l'art. 2105 du Code civil [1]. Cette proposition a néanmoins été contestée avec force devant la cour de Nancy par Mᵉ Poirel, avocat général, portant la parole comme organe du ministère public dans la cause du préfet des Vosges contre le sieur Michel. Voici le résumé de sa plaidoirie :

En combinant les art. 2104 et 2105, on aperçoit au premier coup d'œil que la règle posée dans l'art. 2105 n'est relative qu'aux priviléges de l'art. 2101. L'art. 2105 est limitatif, sinon expressément, du moins par la force implicite qui s'attache à sa relation avec l'art. 2104. Comment en douter d'ailleurs lorsque l'art. 2098 dit que le *privilége* du trésor et L'ORDRE dans lequel il s'exerce sont réglés par des lois particulières? n'est-ce pas dire aussi formellement que possible que le privilége n'est pas réglé par les articles qui suivent l'art. 2098, et que notamment *l'ordre dans lequel il s'exerce* sur les meubles et immeubles ne l'est pas par l'article 2105?

Si, lors de la publication du titre des *Hypothèques et priviléges*, le privilége du trésor eût été trouvé, par la loi nouvelle, frappant à la fois les meubles et les immeubles, on pourrait peut-être dire qu'il a été dans la pensée des rédacteurs de l'art. 2105 de comprendre dans cette disposition, non-seulement les priviléges de l'art. 2101, mais encore celui du trésor. Mais il n'en est pas ainsi. « Sous la loi de brumaire (disait l'ora» teur du gouvernement en présentant la loi » de 1807), *le trésor n'avait plus de priviléges* » *sur les meubles ;* son droit sur les immeu» bles se réduisait à une simple hypothèque » sujette à inscription, et qui n'avait d'effet » qu'à la date de cette inscription. » Donc, le législateur n'a pu embrasser dans sa pensée et assimiler aux priviléges de l'art. 2101 un privilége qui n'avait, lors de la publication du Code civil, aucune existence, aucune organisation, dont on ne pouvait prévoir ni l'étendue ni la portée, ni savoir par conséquent si, à l'instar de ceux de l'article 2101, il s'exerçait à la fois sur les meubles et sur les immeubles.

Maintenant, que dit la loi de 1807? Applique-t-elle au privilége du trésor l'article 2105? Rappelle-t-elle cette disposition? Non, en aucune manière. Il y a plus. En examinant l'ensemble de cette loi toute spéciale, on trouve de nouvelles preuves que le législateur de 1807, en créant le privilége du trésor, n'a pas eu l'intention de lui imprimer le même caractère et de lui donner les mêmes effets que ceux des priviléges de l'art. 2101.

Ainsi, par exemple, ces derniers s'exercent sur les meubles et sur les immeubles avant tous autres, notamment les priviléges spéciaux. Il n'en est pas ainsi du privilége de la loi de 1807, qui ne vient qu'après les priviléges énumérés dans les art. 2101 et 2102, et même après les frais de la défense du condamné. Du reste, dans cette loi de 1807, rien qui renvoie pour le privilége qu'elle établit à la disposition de l'art. 2105, rien qui soumette le privilége à la règle de cet article. Il y a plus! Le législateur a occasion de rappeler la règle de l'art. 2105 (art. 4, n° 1). Eh bien! il n'en parle que comme d'une règle sur une autre matière et pour d'autres cas : *dans les cas prévus par l'article* 2105.

Que le Code civil n'ait appelé les priviléges de l'art. 2101 que subsidiairement sur les immeubles, on le conçoit. Les créances auxquelles ils sont attachés ne sont, en général, que des sommes modiques, dont on trouve presque toujours le payement sur les meubles, de telle sorte que, pour ces créances, l'inconvénient d'une double action à exercer sur les meubles et sur les immeubles, d'une double procédure de distribution et d'ordre, n'est guère à craindre, d'autant plus que, sur les immeubles, elles viennent avant tous autres créanciers.

Il en est autrement des créances privilégiées par la loi de 1807. Les sommes sont

[1] Voy. *infra*, nos 251, 251 *bis* et 252.

ici de plus grande importance. Dans beaucoup de cas, les frais de justice ne sont pas couverts par les meubles. Ne leur donner qu'un recours subsidiaire sur les immeubles, ce sera presque toujours les astreindre à une double procédure.

Ajoutons une considération plus générale. Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de son engagement sur les biens mobiliers et immobiliers; et ces biens sont le gage commun des créanciers (article 2092-2093). Il suit de là que chaque créancier a un droit égal sur les meubles et sur les immeubles, et une action qu'il peut à volonté exercer sur les uns ou sur les autres. On voit en effet par l'art. 2206 que la discussion préalable du mobilier n'est exigée qu'à l'égard et en faveur du mineur. Qu'en créant ou en déclarant les priviléges, le législateur ait pu les soumettre à quelques règles exceptionnelles, on le conçoit; mais encore faut-il qu'il l'ait fait, sinon le droit commun conservera son empire. Or, ici, le législateur n'a pas dit que le privilége du trésor serait soumis à la discussion préalable du mobilier.

Une circonstance frappante vient à l'appui de ce raisonnement. L'art. 2105 a été emprunté à l'art. 11 de la loi de brumaire an 7, qui, dans sa teneur, comprenait toute la matière des art. 2101, 2014 et 2015 du Code. Or, en jetant les yeux sur cet article, on verra qu'il représente comme s'étendant sur les immeubles quatre priviléges, au nombre desquels celui du trésor pour l'année échue et la courante de la contribution foncière, et qu'ensuite il les déclare assujettis à la discussion préalable du mobilier, sauf précisément celui du trésor, qui par là même s'en trouve affranchi. N'est-ce pas là une raison de comprendre plus facilement que la nécessité de la discussion préalable du mobilier imposée à certains priviléges, ne l'est pas à ceux conférés au trésor par les lois de 1807?

Ainsi raisonnait l'avocat général. On voit tout ce que ce système avait de séduisant. Néanmoins, la cour royale le repoussa tout d'une voix par un arrêt inédit du 12 juillet 1834. Je donnerais ici les considérants de cette décision s'ils contenaient une réponse aux raisons du ministère public; mais comme ils se bornent à l'adoption des motifs des premiers juges qui n'avaient prévu aucune de ces objections, je crois inutile de les retracer.

Pour moi, je persiste dans ma première opinion, non pas par une obstination puérile, car je serai toujours prêt à reconnaître mes erreurs, mais parce qu'il me semble que la vérité se trouve tout entière du côté du système attaqué par l'avocat général, et défendu par la cour royale.

Lors de la première rédaction de l'article 2104, on avait énuméré, parmi les priviléges généraux, le privilége du trésor sur les meubles et immeubles des comptables, ainsi que celui de la régie des domaines relativement aux droits dus pour les ouvertures de succession [1]. Néanmoins, l'art. 2105 s'appliquant à ces priviléges généraux, décidait, comme il le fait encore aujourd'hui, que l'action sur les immeubles était subordonnée à l'épuisement du mobilier. Si la rédaction de l'art. 2104 eût été maintenue, on aperçoit sans peine que le fisc serait mal reçu aujourd'hui à vouloir se placer dans une position exceptionnelle. Mais lors de la rédaction définitive de l'art. 2104, on supprima ce qui concernait les priviléges du trésor. Fut-ce pour soustraire ces priviléges à l'influence de l'art. 2105? Non sans doute; c'est parce que le conseil d'État résolut en principe de renvoyer à des lois spéciales l'organisation des priviléges fiscaux, si souvent empreints d'anomalies. Ainsi, on doit bien se pénétrer de cette idée, que les changements subis par l'art. 2104 sont tout à fait étrangers à la volonté de donner au trésor plus de latitude sur les immeubles que n'en ont les priviléges généraux créés en faveur des particuliers. Disons même que la pensée primitive qui avait présidé au projet de l'art. 2104 est un trait de lumière qui reste pour éclairer ce qui s'est fait ultérieurement.

En effet, c'est le même conseil d'État dont on vient de voir le système si nettement exprimé, qui rédigea la loi du 5 septembre 1807. Y a-t-il quelque raison de croire qu'il ait songé à le modifier en formulant la loi nouvelle? Je le pense d'autant moins que cette loi traite le privilége du fisc avec beaucoup plus de faveur que les priviléges généraux accordés à des particuliers, et qu'il eût dès lors été bien peu logique de détruire, à son profit, la subordination d'actions à laquelle les priviléges de l'art. 2101 doivent se soumettre. La loi du 5 septembre

[1] *Voy.* Locré sur les discussions de l'art. 2104.

1807 me paraît donc se lier à l'art. 2105, de même que, dans l'origine, l'art. 2104, comprenant les priviléges du trésor, était dominé par cet art. 2105. Cette loi, faite en exécution d'une disposition du Code civil (l'art. 2098), doit nécessairement s'interpréter dans les cas qu'elle n'a pas prévus par ce même Code, qui est la loi des lois, et qui forme le droit commun.

L'argument qu'on tire des art. 2092 et 2093, combinés avec l'art. 2206, ne me paraît pas concluant. Ces articles ne disposent que pour les cas où il n'y a pas de cause de préférence entre les créanciers. Mais lorsqu'il y a un privilége qui assure à un créancier une condition particulière, et que le privilége s'étend sur les meubles et sur les immeubles, le droit commun n'est pas dans les art. 2092, 2093 et 2206. C'est dans l'article 2105 qu'il est écrit, article conforme à cette idée si naturelle et si humaine, savoir, que les immeubles sont plus précieux que les meubles, et qu'on ne doit les arracher au propriétaire que lorsque le créancier, déjà si favorisé par l'attribution d'un privilége, n'a pu se faire payer sur les meubles qui lui sont affectés. L'ancienne jurisprudence avait voulu qu'on tînt compte au débiteur de cette légitime préférence pour son patrimoine immobilier. C'est pourquoi il était de règle que les priviléges généraux ne devaient s'exercer sur les immeubles qu'à défaut du mobilier [1]. L'art. 2105 n'est donc pas une création arbitraire, une innovation du législateur; il est l'expression du droit commun, d'une jurisprudence que le Code n'a pas faite, mais qu'il a trouvée toute créée. Voilà pourquoi le conseil d'État l'appliquait sans distinction, dans son plan originaire, aux priviléges du fisc. Voilà pourquoi il n'a pas été nécessaire de la rappeler expressément dans la loi de 1807; car elle est la condition immuable de tout privilége général tel qu'on l'a toujours conçu en France.

Je ne suis nullement frappé de l'objection prise dans l'art. 11 de la loi de brumaire an 7. Si cet article n'englobe pas le privilége du trésor avec ceux qui ne doivent s'exercer sur les immeubles que subsidiairement, c'est que, d'après la loi alors en vigueur, le privilége pour contribution foncière (le seul dont la loi de l'an 7 fasse mention), ne s'exerçait que sur les immeubles et nullement sur les meubles (*infra*, 96). Ainsi donc il est impossible de trouver, soit dans les précédents, soit dans les motifs du Code civil et de la loi de 1807, une dérogation à une règle aussi ancienne que la jurisprudence française; je ne crois pas d'ailleurs que les priviléges fiscaux soient placés assez haut dans la hiérarchie des priviléges pour qu'on doive leur accorder une faveur exceptionnelle que n'ont pas d'autres priviléges beaucoup plus sacrés par leur cause et beaucoup mieux traités par le législateur.

95. Si des aliénations avaient été faites depuis le mandat d'arrêt et avant le payement, le privilége du trésor les suivrait infailliblement. Quoiqu'on puisse induire quelque chose de contraire à cette doctrine d'une lettre du ministre de la justice, du 9 août 1803 [2], notre opinion n'en est pas moins la seule juridique, puisque le privilége a pour objet de s'attacher à l'immeuble et de suivre ses mutations. C'est aussi l'avis de Persil [3].

Mais la thèse changerait si l'acquéreur avait fait transcrire plus de quinze jours avant le jugement de condamnation [4]. En effet, le trésor ne pouvant prendre inscription qu'en vertu du jugement de condamnation [5], et ce jugement n'étant pas encore rendu à l'époque à laquelle l'acquéreur fait la transcription, il sera impossible à l'État de remplir les conditions voulues par l'art. 834 du Code de procédure civile. Il laissera donc écouler le délai de quinze jours de la transcription sans s'inscrire, et dès lors l'immeuble passera à l'acquéreur dégagé du privilége du trésor. Telle est la décision du grand juge dans la lettre que j'ai citée. Elle est tout à fait légitime [6].

95 *bis*. Mais du moins le trésor conserverait-il un droit sur le prix, s'il prenait inscription dans les deux mois à compter du jugement [7]?

[1] Pothier, *Procéd. civile.*
[2] Dalloz la donne, v° *Hyp.*, p. 76, note 1; et Sirey, t. 8, 2, 270.
[3] Persil, *Comm.*, art. 2098, n° 22. Dalloz, v° *Hyp.*, n° 11.
[4] Art. 834 du Code de procédure civile.
[5] Lettre précitée du grand juge.
[6] Sirey, t. 8, 2° part., p. 270.
[7] Le privilége du trésor public est éteint à défaut d'inscription dans les délais fixés par l'art. 834. (Cass., 8 mai 1811.)

L'art. 834 du Code de proc. résout cette question affirmativement à l'égard du copartageant, qui, comme on verra (*infra*, 315), n'est forcé de prendre inscription que dans les soixante jours à compter du partage. Si l'immeuble soumis à son privilége est vendu de telle sorte que l'acquéreur fasse transcrire, et si le copartageant laisse passer les quinze jours de la transcription sans prendre inscription, ce dernier est sans doute privé du droit de surenchérir. L'immeuble est purgé, et il n'a plus le droit de suite. Mais il conserve toujours un droit sur le prix, pourvu qu'il se fasse inscrire dans les soixante jours (*infra*, 316) [1].

Doit-on appliquer la même décision au trésor, qui a pour s'inscrire deux mois à compter du jugement?

Ce qui fait difficulté, c'est que l'art. 834 du Code de procédure civile, en réservant le droit du copartageant et du vendeur sur le prix, ne parle pas du trésor. D'où il suit qu'on pourrait appliquer la maxime: *Inclusio unius est exclusio alterius*.

Néanmoins il me semble qu'il y a parité de raison pour appliquer au trésor la réserve expressément faite par l'art. 834 au profit du copartageant et du vendeur. L'art. 834 et l'art. 835 n'ont eu pour but que de modifier le droit de suite, ou, ce qui est la même chose, le droit de surenchérir. Mais leur intention n'a pas été de changer les principes sur le droit de préférence à l'égard du prix. Tarrible, orateur du tribunat, en faisait l'observation, ainsi qu'on le verra (n° 317).

95 *ter*. Une autre lettre du ministre de la justice, du 19 mars 1808, a décidé que le privilége du trésor ne s'étend pas aux amendes. Ce n'est en effet que pour les frais exposés que le privilége a été créé. Cette règle est consacrée par plusieurs lois romaines très-graves [2] qui portent que le fisc n'a pas de privilége pour la répétition des peines, et que son privilége n'a lieu que pour répéter ce qu'il a déboursé (*rem suam*). Aussi voit-on dans l'art. 2202 du Code civil, que les dommages et intérêts des parties doivent être payés avant l'amende [3]. Ce principe a été suivi en France de tout temps. Basnage rapporte un arrêt du parlement de Paris du 2 mars 1667 [4], qui l'a fait triompher contre les exigences du fisc; et un arrêt de la cour de cassation du 7 mai 1816 a décidé que les créanciers d'un agent de change avaient privilége sur son cautionnement, au préjudice du fisc, qui prétendait recouvrer sur ce cautionnement le montant d'amendes auxquelles l'agent de change avait été condamné [5].

96. Le dernier privilége fiscal organisé par des lois spéciales postérieurement à la promulgation du Code civil, est celui du trésor public pour le recouvrement des contributions directes.

La loi du 11 brumaire an 7 (art. 11, n° 2) accordait au fisc un privilége sur les immeubles pour une année échue et l'année courante de la *contribution foncière*. Ce privilége était même dispensé de l'inscription.

On avait proposé de répéter la même disposition dans le Code civil [6]. Mais le conseil d'État adopta le parti de ne s'occuper que des causes de préférence qui regardent les particuliers, sauf à déclarer que les priviléges, à raison des droits du fisc, sont réglés par les lois qui les concernent.

La loi du 12 novembre 1808 est venue faire ce que le Code civil lui avait laissé le soin d'accomplir [7].

L'art. 1 sépare en deux classes les contributions directes: la première classe comprend la contribution foncière; la seconde, les contributions mobilière, des portes et fenêtres, des patentes.

§. Ce même article donne au trésor un

---

[1] Erreur grave. Le droit de suite du copartageant, comme privilége, existe inaltérable pendant les soixante jours accordées par l'art. 2109 du Code civil; l'introduction de l'art. 834 du Code de procédure n'a pas dérogé à ce droit du copartageant. *Voy.* la note sur le n° 317, *infra*, où nous avons démontré cette vérité.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] L. 17 et 37, Dig. *de jure fisci*. L. 1, C. *pœnis fisc. cred.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 566, n° 37. *Infra*, n° 210.

[3] *Voy.* à cet égard les lettres du grand juge, des 19 et 29 mars 1801.

[4] *Hyp.*, chap. 13, p. 35, col. 1, *in fine*.

Ces condamnations aux dommages-intérêts doivent obtenir la préférence, lors même que l'inscription prise par le trésor public, pour sûreté du recouvrement de l'amende, est antérieure à celle prise par la partie civile, du chef de restitutions et dommages-intérêts qui lui sont adjugés. (Brux., 14 juin 1828).

[5] Sirey, 17, 1, 55. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 96, note 1.

[6] *Confér.* du Code civil, t. 7, p. 149.

[7] Dalloz donne cette loi, v° *Hyp.*, p. 74, note 1.

En matière de contributions directes, les tribunaux sont incompétents pour connaître des oppositions fondées, non sur la validité des actes de poursuite ou d'exécution, mais sur les moyens qui tiennent au fond du droit. (Brux., 2 janvier 1836; Dalloz, t. 5, p. 247, et t. 18, p. 251 et 470. Liége, 2 janvier, 1837; Merlin, *Rép.*, t. 6, p. 306).

privilége sur les *fruits*, *récoltes*, *loyers et revenus* des immeubles sujets à contribution; et cela pour la contribution de l'année échue et de l'année courante.

Il suit de là que la contribution foncière n'a plus de privilége sur l'immeuble, comme le voulait la loi du 11 brumaire an 7, mais que son privilége est restreint aux fruits de cet immeuble. Jaubert, conseiller d'État, énonça très-explicitement, dans l'exposé des motifs, « qu'un des points fondamentaux de » la loi du 12 novembre 1808 était que le » privilége ne s'étendait pas sur les immeu- » bles. »

Comme le disait Montesquiou, président de la commission des finances du corps législatif, les biens que nous possédons n'ap- » partiennent pas à l'État; nous ne lui de- » vons qu'une portion de leur revenu pour » nous assurer la jouissance du reste... Ainsi » le trésor ne pouvant prétendre pour la » contribution foncière qu'à une portion des » fruits de la terre, il ne doit exercer ce » privilége que sur ces mêmes fruits [1]. »

Du reste, le privilége accordé au fisc sur les fruits et loyers est *absolu*, en ce sens qu'il s'exerce avant tous autres, même les frais funéraires et de dernière maladie! On peut appliquer ici ce que j'ai dit (nos 33 et 63) sur cette préférence. Je la crois injuste par son exagération.

§. Le privilége créé par l'art. 1 de la même loi du 12 novembre 1808, pour le recouvrement de l'année échue et de l'année courante des contributions mobilière, des portes et fenêtres, et des patentes, est plus étendu que celui de la contribution foncière. Il s'exerce sur tous les meubles quelconques appartenant aux redevables, *en quelque lieu* qu'ils se trouvent. Du reste il passe avant *tout* autre, conformément à l'art. 1 (voy. *supra*, 33 et 63).

Ce privilége, tout exorbitant qu'il est, a été étendu aux droits du fisc pour recouvrement des droits de timbre et des amendes de contravention y relatives, par l'art. 76 de la loi du 28 avril 1816 [2].

D'après l'art. 4 de la loi du 29 novembre 1808, lorsque, dans le cas de saisie de meubles et autres effets mobiliers pour le payement des contributions (ce qui s'applique aussi aux droits de timbre), il s'élève une demande en revendication de tout ou partie desdits meubles ou effets, elle ne peut être portée devant les tribunaux ordinaires qu'après avoir été soumise par l'une des parties intéressées à l'autorité administrative, aux termes de la loi du 5 novembre 1790.

97. Il convient de voir maintenant ce qui concerne les priviléges fiscaux existants avant le Code, et qu'il a laissés subsister.

Lors de la discussion du Code civil, le projet avait été d'assigner un privilége sur les meubles et les immeubles des successions, pour droits dus à raison de leur ouverture, à la régie de l'enregistrement. Cette disposition se trouvait inscrite dans la première rédaction de l'art. 2105; mais on la supprima, dans la vue de réunir tous les droits du trésor public sous une disposition générale [3].

Cependant cet objet n'a pas été rempli; de sorte que le fisc n'a, pour le recouvrement des droits de mutation par décès, qu'un privilége sur les revenus des biens à déclarer, tel qu'il était accordé par l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7, qui n'a reçu aucun changement sur ce point [4].

---

[1] Merlin, *Répert.*, vo *Privilége*.

[2] *Voy.* cette loi dans Dalloz, vo *Enregistrement*, t. 14, p. 145.

[3] Merlin, *Répert.*, vo *Privilége*.

[4] En Belgique cette lacune n'existe plus, et l'objet a été rempli par la loi du 27 décembre 1817. D'après l'art. 3, « A compter du jour du décès, le trésor public a, pour le droit de succession, un privilége général sur tous les biens meubles délaissés par le défunt, ayant rang immédiatement après ceux mentionnés aux art. 2101 et 2102 du Code civil et à l'art. 191 du Code de commerce. Tous les immeubles délaissés par le défunt dans ce royaume sont, à compter du jour du décès, légalement hypothéqués pour le droit de succession et pour celui de mutation (par décès), sans qu'il soit besoin pour cette hypothèque d'aucune inscription sur les registres des conservateurs des hypothèques.

Ce privilége et cette hypothèque légale sont éteints au dernier jour du douzième mois qui suit celui dans lequel échoit le délai fixé pour la déclaration, si avant ladite époque le préposé n'a pas commencé de poursuites judiciaires.

Au moyen du payement du droit de succession et mutation effectué avant ledit dernier jour dudit douzième mois, l'hypothèque légale sera également éteinte, mais seulement quant aux immeubles qui auraient été aliénés ou donnés en hypothèque à des tiers, avant que le préposé ait commencé des poursuites judiciaires pour le recouvrement du supplément de droits qui, par suite de déclaration incomplète, pourrait encore être dû.

Dans le cas où, avant d'avoir acquitté le droit de succession ou de mutation (par décès), les intéressés voudraient aliéner ou hypothéquer quelque immeuble, affranchi de l'hypothèque légale, ils pourront en faire la demande à l'employé qui sera désigné dans la province, par le département des impositions indirectes. Leur de-

Comme le mot privilége n'est pas prononcé par l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7, on a soutenu que l'action qu'il donne sur les revenus des biens à déclarer ne constitue qu'un simple droit, et pas un privilége sur tous les créanciers [1]. Mais ce système n'a pas été admis par la cour de cassation. En effet l'art. 32 doit être rapproché de l'art. 15. Cet article (n° 7), établit le droit de la régie sur la valeur des biens *sans distraction des charges*, et par conséquent *sans égard pour ces charges*. Il suit de là que la loi fait de l'action que l'art. 32 accorde sur le revenu des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, une action essentiellement privilégiée, et dont la préférence se conserve même indépendamment de toute inscription hypothécaire, ainsi que l'a décidé le grand juge par une lettre du 3 nivôse an 12. L'arrêt qui juge que l'action de la régie est privilégiée, est du 9 vendémiaire an 14. Il est rapporté par Merlin [2]. La cour de Limoges en a rendu un semblable le 18 juin 1808 [3].

Mais comme en matière de privilége tout doit être de droit strict, je ferai remarquer que la loi ne donne d'action privilégiée à la régie que sur *les revenus*, et que par conséquent cette action ne s'étend pas au *prix de l'immeuble*.

C'est ce qui explique pourquoi la cour de cassation [4] a décidé, le 6 mai 1816, que

---

mande sera admise si le trésor public a d'ailleurs ou s'il lui est donné sûreté suffisante pour le montant de ce qui est dû.

Il ne sera pas préjudicié par le droit de privilége et d'hypothèque légale susmentionnée aux droits précédemment acquis à des tiers. »

On rencontre dans cette loi beaucoup de sollicitude pour les droits acquis à des tiers, tout en assurant les intérêts du trésor. On y remarque aussi que sur les immeubles de la succession elle n'introduit pas nominativement un privilége, mais une hypothèque légale sans nécessité d'inscription, hypothèque qui est déclarée en outre temporaire et extinguible par le seul fait du payement des droits.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Dalloz embrasse cette opinion, v° *Enregistrement*, p. 406, n° 29.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Enregistrement* (*Droit d'*), n° 39, et Dalloz, v° *Enregistrement*, p. 424. Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 418; Favard, v° *Privilége*, sect. 2, § 2; Persil, *Comm.*, art. 2098, n° 24; et *Quest.*, chap. 1, § 4, sont de l'avis de cet arrêt.

[3] Que ce soit là l'autorité de la jurisprudence française introduite et maintenue par les arrêts cités, il faut bien le reconnaître; mais il est impossible de justifier les motifs énoncés dans cet arrêt du 9 vendémiaire an 14, et tirés du rapprochement des art. 32 et 15 de la loi du 22 frimaire an 7, d'où résulterait prétendûment que cette loi établit le droit de la régie, sur la valeur des biens sans distraction des charges, et par conséquent sans égard pour ces charges, ou bien, pour rester dans les termes de l'arrêt, que *le droit de mutation se percevrait sans égard aux charges*. L'art. 15, n° 7, de la loi du 22 frimaire an 7, ne dit rien de semblable quant à la *perception* du droit. Il porte que la « valeur de la propriété, de l'usufruit et de la jouissance des immeubles est déterminée pour la *liquidation* et le payement du droit, par l'évaluation qui sera faite et portée à vingt fois le produit des biens, ou le prix courant des baux courants, sans distraction des charges. » Cela n'a rien de commun avec la perception du droit, et n'a rapport qu'au mode d'évaluation de l'immeuble, en pleine propriété, sur laquelle évaluation le droit proportionnel de mutation par décès doit être calculé. Les arrêts de la cour de cassation de France, en matière fiscale, sont rarement des guides sûrs pour asseoir une opinion juridique.

Les priviléges étant d'interprétation et d'application strictes, et ni le Code civil ni la loi spéciale du 22 frimaire an 7, n'en conférant nominativement aucun au trésor public pour le recouvrement des droits de mutation par décès, dans le sens que les priviléges sont admis et reconnus par le droit commun sur les immeubles, le trésor ne peut pas s'en prévaloir; mais il a un autre moyen d'assurer toujours son recouvrement parce que l'art. 32 de la loi du 22 frimaire lui donne un droit de suite sur les *revenus* (seulement) des biens à déclarer, *en quelques mains qu'ils se trouvent*; d'où nous prendrons occasion de faire la remarque que ce droit de suite ne peut pas atteindre l'immeuble lui-même ou le bien en nature. Ni Persil, ni Grenier ne sont, comme jurisconsultes, de l'avis de cet arrêt, quoi qu'en dise Troplong, en note.

Voici au contraire, comme s'exprime Persil, dans ses *Questions*, à l'endroit indiqué : « Il résulte de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7, que le trésor n'a pas de privilége sur l'immeuble, en ce sens qu'il puisse le vendre et se faire payer sur le prix; mais il a plus que cela, il a le droit de se faire payer sur les revenus, quelle que soit l'année à laquelle ils appartiennent : si ce n'est pas sur ceux perçus immédiatement après le décès, ce sera sur ceux de l'année suivante ou de toutes les autres, et cela sans être assujetti à aucune formalité, sans avoir besoin de requérir aucune inscription. L'aliénation des immeubles de la succession ne met pas obstacle à l'exercice des droits du trésor. Il peut les exercer lorsque les immeubles ont passé dans d'autres mains. Voilà les principes à l'égard des tiers acquéreurs. Mais que doit-on décider vis-à-vis des créanciers? Le trésor doit-il toujours leur être préféré? — A l'égard des créanciers chirographaires, l'affirmative est indubitable. Le trésor a un véritable droit réel, qui ne permet pas que les créanciers chirographaires, qui n'en ont aucun, lui soient préférés.

Mais la question doit être décidée autrement à l'égard des créanciers hypothécaires inscrits avant l'ouverture de la succession : vainement le trésor leur dira, avec une décision du ministre de la justice (du 3 nivôse an 12), qu'il est plutôt portionnaire que créancier de la succession; qu'il est partie prenante, etc. La vérité est que l'hypothèque consentie par le débiteur, avant sa mort, est une espèce d'aliénation, et que de même que le trésor n'aurait aucun droit sur l'immeuble que le défunt aurait aliéné de son vivant, il n'en peut avoir davantage sur celui qu'il a hypothéqué. C'est ce qui a fait décider par la cour de cassation, dans un arrêt du 6 mai 1816, rapporté par Dalloz, t. 17, p. 78, que les créanciers inscrits devaient être préférés au trésor. »

Grenier, de son côté, se borne à enregistrer cet arrêt, comme arrêt, mais n'en discute pas le mérite.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[4] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 71, note 1. Sirey, t. 9, 2e, p. 157.

la régie ne pouvait exercer *sur le prix d'un immeuble sujet à droit de mutation* aucune action au préjudice des créanciers hypothécaires inscrits avant le décès.

Mais s'il s'agissait d'un recours sur les *revenus*, je pense qu'alors la régie primerait les créanciers hypothécaires du défunt; et que l'art. 2098, portant que le trésor public ne peut obtenir de privilége au préjudice de droits antérieurement acquis à des tiers, ne s'applique pas au droit de mutation par décès, réglé par une loi qui a précédé le Code civil, et à laquelle il n'a pas été dérogé.

§. Il semble résulter des dispositions de l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7, *qui accorde un droit de suite sur les revenus de l'immeuble héréditaire, en quelques mains qu'il ait passé*, que le tiers acquéreur est sujet à l'action de l'administration de l'enregistrement pour les droits de mutation par décès dus par les biens.

C'est aussi ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêts du 29 août 1807 et du 3 janvier 1809.

Mais un avis du conseil d'État du 4 septembre 1810, approuvé par le chef du gouvernement le 21 du même mois [1], a décidé que dans tous les cas quelconques le tiers acquéreur est à l'abri de toute recherche. Cet avis est fondé sur ce que l'art. 32 de la loi du 22 frimaire an 7 ne concerne que les *héritiers donataires ou légataires*, et nullement les tiers acquéreurs; que c'est des premiers qu'on a entendu parler par les expressions, *en quelques mains qu'ils passent*.

On peut voir, au Bulletin civil de la cour de cassation [2], un arrêt du 8 mars 1811, qui juge conformément à cette décision [3].

98. La régie des douanes a un privilége sur les meubles et effets mobiliers des redevables de droits fiscaux, conformément aux lois des 22 août 1791, tit. 13, art. 22, et 4 germinal an 11, tit. 6, art. 4.

On avait prétendu que ce privilége avait été aboli. Mais j'ai cité (nº 34) les arrêts et les lois qui ont condamné cette opinion.

99. Les contributions indirectes tiennent aussi un privilége sur les meubles des redevables, des dispositions de l'art. 47 de la loi du 1er germinal an 13, qui est ainsi conçu :

« La régie aura privilége *à tous créanciers*
» sur les immeubles et effets mobiliers des
» redevables, à l'exception des frais de jus-
» tice, de ce qui est dû pour six mois de
» loyer seulement, et sauf aussi la revendi-
» cation formée par les propriétaires des
» marchandises en nature qui seront encore
» sous balle et sous corde [4]. »

Ici je ne puis m'empêcher de parler d'un arrêt de cassation du 27 février 1833, qui décide que la disposition de la loi précitée par laquelle le privilége [5] du propriétaire se trouve limité à six mois, a été abrogée par l'art. 2102 du Code civil, par l'art. 662 du Code de procédure civile et par l'art. 2 de la loi du 5 septembre 1807, qui porte que le privilége du trésor sur les biens des *comptables* ne passe qu'après les priviléges généraux énoncés aux art. 2101 et 2102 (*supra*, 92). Mais si je rappelle cet arrêt, c'est pour le signaler comme une violation flagrante de la loi du 1er germinal an 13. D'abord, il est trop clair que cette loi est toute spéciale, et que les art. 2102 du Code civil et 662 du Code de proc. civile sont des dispositions générales qui se combinent avec elle, loin de l'abroger. Ensuite, n'est-il pas singulier que la cour suprême modifie un privilége établi sur les meubles d'un *redevable* avec une loi, celle de 1807, qui ne fait qu'organiser le privilége du trésor sur les biens des *comptables* [6]?

99 *bis*. Voilà ce que j'avais à dire sur la matière aride des priviléges dont le trésor public est investi.

Quant à leur ordre et à leur rang, soit entre eux, soit avec les autres priviléges résultant du Code civil, je m'en suis suffisamment expliqué en commentant l'art. 2096 [7].

---

[1] Sirey, t. 16, 1re, p. 424. Dalloz, *Hyp.*, p. 71.
[2] Dalloz, vº *Enregist.*, p. 575 et suiv.
[3] Merlin, *Répert.*, vº *Enregist.* (*Droit d'*), nº 40.
[4] Grenier, t. 2, nº 418; et Persil, *Quest. sur les priviléges*, paraissent avoir ignoré ce changement dans la législation et la jurisprudence.
[5] Voy. *supra* ce que j'ai dit de ce privilége, nº 34 *bis*.
[6] Voy. *supra*, nº 93, et le sens du mot *comptable*.
[7] *Voy.* nos 33, 34, 34 *bis*, 35, 37, 38, 39, 55, 72, 77.

ARTICLE 2099.

Les privilèges peuvent être sur les meubles et sur les immeubles.

SOMMAIRE.

100. Le privilége peut être sur les meubles et sur les immeubles. Différence avec l'hypothèque, qui ne peut porter que sur les immeubles.
101. Le privilége sur l'immeuble donne suite sur l'immeuble. Au contraire, le privilége ne peut exister sur le meuble qu'autant qu'il est en possession du débiteur.
102. Mais il n'est pas nécessaire que cette possession soit matérielle. Il suffit d'une possession civile. Renvoi.
103. Utilité des principes sur la distinction des biens, pour connaître quelles choses peuvent être grevées de priviléges sur les meubles ou sur les immeubles.
104. Les priviléges sur les meubles ne comprennent pas les meubles rendus immeubles par destination.
105. Ce qui est immeuble par destination dans un cas, peut être vraiment meuble dans un autre. Deux exemples à ce sujet.
106. Doute résultant de l'art. 533 du Code civil.
106 *bis*. Le privilége porte-t-il sur un meuble incorporel? Renvoi.
107. Les priviléges sur les immeubles frappent les meubles qui sont immeubles par destination.
108. L'usufruit est-il susceptible de privilége? Réponse affirmative. §. Mais les servitudes n'en sont pas susceptibles. Raison de cela. §. *Quid* des droits d'usage, pâturage et autres? §. *Quid* des actions tendant à revendication d'un immeuble? Il n'y a pas lieu au privilége. Renvoi à l'article 2118 pour d'autres questions.
109. Transformation des meubles et des immeubles. Transformation des meubles. De la mutation qui engendre une nouvelle espèce. De la mutation qui ne fait qu'augmenter ou diminuer la chose. Lois romaines. Cujas. §. De ce qui arrive lorsque la matière travaillée peut reprendre sa première forme.
110. Conclusion des développements contenus au numéro précédent.
111. Contrariété d'opinion sur les cas où la mutation détruit la chose ou ne fait que l'améliorer. §. Conversion de laines en drap. Autorité de Basnage rejetée. §. Conversion de cassonades en sucre. Erreur de Basnage. §. Transformation du blé en farine. §. Emploi de draps à la confection de meubles. Autre erreur de Basnage.
112. Du serrurier qui pose des balcons faits avec son fer. Dissentiment avec Grenier.
113. *Quid* de la conversion d'une chose meuble en immeuble par destination?
114. Objection tirée de l'art. 570 du Code civil. Ne doit-on pas dire que cet article a introduit un droit nouveau, et que le privilége se conserve dans tous les cas lorsqu'il y a conversion d'une espèce en une autre? Discussion à ce sujet.
115. Réfutation de l'objection. Véritable cas de l'art. 570.
116. Autre argument pour réfuter l'objection. La revendication ne peut être exercée que lorsque la chose *est en nature*. Le privilége ne peut donc aussi être exercé que dans ce cas.
117. Les priviléges n'ont pas lieu sur les objets *insaisissables*.
117 *bis*. Mutation à l'égard des immeubles. Les seuls changements dont ils sont susceptibles sont ceux qui augmentent ou diminuent la chose. L'assiette du privilége en est-elle ébranlée?
118. En cas de perte de la chose privilégiée, le privilége existe-t-il sur l'indemnité pécuniaire donnée par les compagnies d'assurance? Renvoi.
118 *bis*. Tout ce qui a été dit sur les mutations et transformations n'a d'intérêt que pour les priviléges spéciaux, et est sans application pour les priviléges généraux.

COMMENTAIRE.

100. On a vu, par les détails auxquels je me suis livré dans les numéros précédents, que les priviléges peuvent porter sur les meubles ou sur les immeubles, et que certaines créances ont même privilége sur les meubles et sur les immeubles. C'est ici une différence remarquable entre le privilége et l'hypothèque; car l'hypothèque ne peut s'asseoir que sur les immeubles exclusivement, ainsi que j'aurai occasion de le dire sous l'art. 2118.

101. Mais, si le privilége peut être sur les meubles et les immeubles, il ne faut pas croire que le droit qu'il donne sur les meubles soit aussi étendu que celui qu'il donne sur les immeubles.

Lorsqu'un privilége frappe sur les immeubles, il affecte réellement cet immeuble, et il le suit en quelques mains qu'il passe [1],

[1] L. 15. *Debitorum* C. *de pignoribus*.

parce que c'est un caractère propre aux immeubles, qu'ils restent toujours grevés des charges qui leur sont imposées, soit expressément, soit tacitement; sans quoi les aliénations nuiraient au créancier, dont cet immeuble est la garantie.

Mais lorsque le privilége porte sur un meuble, bien qu'il affecte ce meuble, néanmoins il ne donne pas droit de suite contre lui; car cette affectation ne peut avoir d'étendue que celle qui est compatible avec la nature d'un effet mobilier. Or un meuble n'a pas une *subsistance permanente et stable*, comme le dit Loyseau [1], pour qu'on y puisse asseoir un droit fixe de poursuite. La seule manière d'y conserver ses droits (autres que ceux de propriétaire), c'est de l'occuper. Aussi est-ce une vieille maxime du droit français, *que les meubles n'ont pas de suite*, c'est-à-dire qu'on ne peut les poursuivre entre les mains d'un créancier postérieur ou d'un tiers acquéreur.

Il suit de là que le privilége ne peut être exercé sur *un meuble* qu'autant que le débiteur l'occupe par la possession [2]. S'il l'aliène, le privilége est considéré comme n'existant plus [3].

102. J'ai eu l'occasion de rappeler cette vérité en commentant l'art. 2096, mais il ne faut pas la séparer de cette autre règle que j'ai aussi mentionnée (*supra* 44, 49), savoir : que la possession d'un meuble peut être conservée par le moyen d'un mandataire à qui on le confie, et que ce n'est pas seulement dans le cas d'une possession matérielle que le privilége existe, mais encore dans le cas où le débiteur conserve la possession vulgairement appelée civile [4].

103. Les principes du Code sur la distinction des biens servent à éclaircir les difficultés qui peuvent se présenter, pour savoir si telle ou telle chose peut être qualifiée *meuble* ou *immeuble*, et par conséquent si elle est susceptible d'être affectée à un privilége sur les meubles, ou bien à un privilége sur les immeubles. Nous y renvoyons.

104. Les priviléges généraux sur les meubles comprennent, ainsi que je l'ai dit, tout ce qui est meuble naturellement, ou par la détermination de la loi. Toutes rentes quelconques, *foncières* ou *constituées à prix d'argent*, étant déclarées meubles par l'art. 529 du Code civil, ne peuvent être grevées que du privilége sur les meubles; mais ce privilége ne porte pas sur les meubles considérés comme *immeubles* par destination de la loi.

Il suit de là qu'un privilége général sur les meubles ne peut être exercé sur les choses dont l'énumération suit, lorsque ces choses ont été placées par le propriétaire pour le service et l'exploitation d'un fonds; savoir [5] :

Les animaux attachés à la culture,
Les ustensiles aratoires,
Les semences données aux fermiers et aux colons partiaires,
Les pigeons des colombiers,
Les lapins des garennes,
Les ruches à miel,
Les poissons des étangs,
Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes,
Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines,
Les pailles et engrais.

Car tous ces objets sont réputés immeubles par destination.

Il en est de même de tous les effets mobiliers, que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure (art. 624 du Code civil).

Ainsi le privilége des frais de justice, des frais funéraires, des gages des serviteurs et autres mentionnés dans l'art. 2101, ne pourront pas s'étendre à tous ces objets.

105. Mais remarquez que rien n'empêche que le locateur n'exerce son privilége [6] spécial sur les *ustensiles aratoires* et autres objets divers qui garnissent sa ferme et appartiennent au bailliste. On ne peut pas dire dans ce cas que les ustensiles aratoires sont *immeubles par destination*, car ils ont été apportés par le *fermier* et non par le *propriétaire du fonds*, ainsi que le veut l'art. 524 du Code civil.

Il en est de même dans le cas d'un vendeur d'ustensiles aratoires non payés qui réclame contre le fermier, d'après l'art. 2102, n° 4, du Code civil [7].

106. On demande si les priviléges géné-

[1] *Offices*, liv. 3, chap. 5, n° 23.
[2] Exception, *infra*, nos 161 et suiv.
[3] Arrêt de Nîmes du 9 juillet 1832.
[4] *Voy.* mon *Commentaire de la prescription* (n° 239) sur cette dénomination.

[5] A l'égard de l'exercice des priviléges spéciaux sur les meubles rendus immeubles par destination, *v.* n° 113.
[6] Art. 2102, Code civil; et 593, Code de procéd.
[7] Art. 593, Code de procéd.

raux sur les meubles frappent sur l'argent comptant, les pierreries, les médailles, chevaux, équipages, linge de corps, vins, denrées, etc.

La raison de douter vient de ce que l'article 533 du Code civil porte que, lorsque le mot *meuble* est employé seul dans *les dispositions de la loi*, ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, il ne comprend pas les objets que je viens de passer en revue.

Mais la raison de décider est que le privilége étant général comprend *tous les meubles* quelconques; et que le mot meuble ne se présente pas isolément, et qu'il s'y trouve l'addition nécessaire pour que l'art. 533 ne soit pas applicable.

106 *bis*. On a été plus loin, et l'on a soutenu que, bien que la loi donnât au vendeur d'effets mobiliers non payés un privilége spécial sur les *meubles*, on ne devait pas l'étendre au vendeur d'un droit *incorporel*, d'une créance par exemple, ou d'un fonds de commerce, parce que le privilége ne peut porter que sur quelque chose de *corporel*.

Nous traiterons cette question en parlant du privilége du vendeur; elle se rattache à l'interprétation des mots *effets mobiliers*, qui se lisent dans l'art. 2102.

107. Les priviléges sur les immeubles frappent sur les meubles que la loi a rendus *immeubles* par destination; ainsi le vendeur d'un immeuble a privilége sur les animaux qui sont attachés au domaine pour l'exploitation du fonds.

108. Mais peut-on dire que le privilége sur les immeubles peut s'asseoir sur l'usufruit, sur les servitudes ou services fonciers, sur les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, toutes choses que l'art. 526 met dans la classe des immeubles, par l'objet auquel elles s'appliquent?

§. A l'égard de l'usufruit, je n'hésite pas à croire qu'il peut être grevé d'un privilége. Ainsi, celui qui a vendu un droit d'usufruit, pourra recourir par privilége sur cet usufruit pour se faire rembourser du prix non payé; car l'usufruit est un droit qui subsiste par lui-même, et l'art. 2204 du Code civil déclare qu'il peut être poursuivi par la voie de l'expropriation forcée [1].

§. Pour les servitudes, il est difficile de concevoir comment elles pourraient faire l'objet d'un privilége. En effet, le privilége ne peut être efficace qu'autant que par le droit de suite il saisit la chose grevée, et se fait colloquer par préférence sur le prix. Mais quel serait le but de la saisie d'une servitude? quelle est la valeur de cette servitude séparée du fonds? Peut-on imaginer raisonnablement qu'une servitude puisse être détachée de l'immeuble dont elle fait l'utilité, et mise à prix par voie d'expropriation, sans ce même immeuble? Il suit donc de là qu'une servitude ne peut être soumise à l'expropriation forcée; et c'est ce qui résulte de l'art. 2104 (Code civil) qui, en énumérant les choses dont on peut poursuivre l'expropriation, garde le silence sur les servitudes [2].

§. S'il s'agissait de droits d'usage, de pâturage et autres semblables, je pense qu'ils ne seraient pas susceptibles de priviléges; car, quoiqu'ils aient une valeur réelle, indépendante du fonds sur lequel ils s'exercent, comme ils ne peuvent être aliénés, ils résistent à la possibilité d'une saisie immobilière.

§. Voyons ce qui regarde les actions tendantes à la revendication d'un immeuble. De ce nombre sont l'action en rescision pour lésion, l'action en réméré, l'action en nullité d'une vente.

Ces choses ne sont pas susceptibles d'hypothèque, ainsi que je le montrerai sous l'art. 2118. On doit donc décider aussi qu'elles ne sont pas susceptibles de privilége; car le privilége n'est en d'autres termes qu'une hypothèque privilégiée [3].

---

[1] Je reviens sur cette question avec quelques développements nouveaux, *infra*, n° 400.

[2] Grenier, t. 1, n° 151. Persil, *Quest.*, p. 2. Je traite la question plus à fond, *infra*, n°s 401 et 402.

[3] Nous croyons que cette opinion de Troplong est trop absolue pour être exacte. C'est d'abord une erreur d'insinuer qu'il n'y a que les immeubles susceptibles d'hypothèque qui puissent être l'objet d'un privilége. La loi distingue bien positivement deux droits de suite, indépendants l'un de l'autre, en disant formellement à l'article 2094 que les causes légitimes de préférence sont les *priviléges* et *hypothèques*. Les meubles sont évidemment susceptibles d'un droit de suite ou de privilége quand il n'y aurait que le n° 4 de l'art. 2102 qui le démontrât, car l'art. 2118 ne les déclare non susceptibles que du *droit de suite par hypothèque*. Pourquoi n'en serait-il pas de même de certains immeubles?

L'objection que toute créance dont on a laissé perdre le privilége, se résout en hypothèque, n'est pas grave : car ce n'est là qu'une faveur subsidiaire pour le créancier, laquelle lui profitera pour autant que la chose objet du privilége soit susceptible d'hypothèque; si elle ne l'était pas, ce créancier restera privé de tout droit de préférence, d'hypothèque aussi bien que de privilége. La con-

On verra par l'art. 2113, que toute créance dont on a laissé perdre le privilége se résout en une hypothèque. Comment cette conversion pourrait-elle s'opérer, si l'objet grevé ne pouvait recevoir d'hypothèque ?

Ainsi, Pierre qui s'est réservé un droit de réméré le vend à Jacques. Celui-ci tombe en faillite avant d'avoir payé le prix de la vente. Pierre n'aura sur l'action aucun recours pour son prix ; je dirai même que ce recours n'est nullement nécessaire, par la raison que Pierre pourra exercer sur l'immeuble le droit de réméré [1].

109. Les immeubles, et particulièrement les meubles, sont sujets à des transformations qui peuvent avoir une grande influence sur l'assiette du privilége. Voyons ce qui concerne les meubles.

En jetant les yeux sur le droit romain, on remarque à ce sujet des principes qui, au premier coup d'œil, paraissent contradictoires.

La loi 16, § 2, D. *de pignoribus et hypoth.*, porte : « Si res hypothecæ data, postea mu» tata fuerit, æque hypothecaria actio com» petit. »

D'un autre côté, la loi, 18, § 3, D. *de pignorat. act.*, décide que le vaisseau n'est pas soumis à l'hypothèque existante sur le bois qui a servi à le construire [2].

Mais avec un peu d'attention, il n'est pas difficile de concilier ces deux lois.

La première parle d'une mutation de la

---

texture de l'art. 2113 du Code civil ne permet pas d'ailleurs de douter que ce ne soit là l'esprit de la loi : « Toutes créances privilégiées, soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard des uelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, *ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires.* » Cela suppose évidemment la condition : *Si elles sont d'ailleurs susceptibles de l'être.* L'article pose donc une faveur éventuelle, sa disposition n'est qu'hypothétique ; mais il n'opère nullement une conversion absolue et nécessaire de tous les priviléges quelconques en hypothèques. *V.* note sur le n° 27 *supra*.

Nous allons démontrer, par un exemple frappant, qu'il n'y a pas moyen de refuser dans certains cas le privilége du vendeur au cédant d'une action immobilière. Supposons que l'acquéreur d'une action en revendication d'immeuble tombe en faillite. Ses syndics, au lieu d'exercer le droit d'action qu'ils trouvent dans la masse active, jugent plus convenable aux intérêts de la masse, de vendre à leur tour, l'action encore entière. Pourquoi refuserait-on au premier vendeur non payé son privilége sur le prix de la vente réalisé par les syndics ? N'est-il pas vrai que cette action immobilière que les créanciers du failli trouvent dans sá masse active, et qu'ils réaliseraient à profit commun, les enrichirait d'autant aux dépens du vendeur primitif, qui resterait tout à la fois privé de la chose et du prix ? Ne sont-ce pas les mêmes motifs qui servent de fondement au privilége du vendeur en général ? Il faut en dire autant de toutes les autres actions immobilières quelles qu'elles soient, en rescision, en réméré, etc. ; soutenir le contraire, serait consacrer une injustice, ce serait introduire entre les vendeurs des distinctions que la loi n'autorise pas. Il ne suffit pas de dire que si le vendeur est privé de son privilége sur le prix de la revente de l'action, il le reprendra sur l'immeuble même revendiqué, lorsqu'il sera rentré sous la main de l'arrière-cessionnaire d'action ; car c'est là une éventualité incertaine. La vente d'action n'est pas la vente d'un droit certain, c'est une chance aléatoire pour l'acheteur, qui est l'issue d'un procès. D'ailleurs, l'arrière-cessionnaire peut laisser, par son fait ou par sa négligence, périmer l'action, et il en est le maître ; où sera alors le gage du vendeur de l'action, qui n'a plus aucun droit de suite à la chose ?

Persil dans ses *Questions*, liv. 1, chap. 1, § 1, a émis une opinion semblable à celle de Troplong, et il la motive surtout, par la difficulté d'inscrire un pareil privilége pour le conserver. Les actions immobilières, dit-il, ne peuvent, par elles-mêmes, devenir l'objet d'un privilége, puisqu'elles n'ont aucune assiette réelle, et qu'on ne saurait sur quoi l'asseoir, ni comment le conserver et le rendre public. Cette objection est vaine ; car le privilége du vendeur subsiste et peut se conserver autrement que par une inscription ; il suffit pour cela de la transcription du titre de vente. Que le cédant d'action se borne donc à faire faire la transcription de son acte de vente ; c'est chose bien simple et bien facile, il sera dispensé de s'enquérir comment il peut asseoir une inscription sur un droit incorporel tel qu'une action immobilière qui n'a pas d'assiette réelle ; et il aura donné une publicité suffisante à son privilége pour le conserver et le faire opérer.

Il est certain d'ailleurs que la vente d'une action mobilière, d'une créance, peut devenir l'occasion du privilége du vendeur, tant que cette action ou cette créance subsiste entre les mains de l'acquéreur à charge du débiteur. Pourquoi donc le vendeur d'action immobilière en serait-il privé, tandis que par cela même que l'objet en est un immeuble elle a en quelque sorte plus de fixité ?

Quant à ce qu'ajoute Troplong, que le privilége ou le recours du vendeur d'action, sur l'action même vendue, n'est nullement nécessaire, par la raison qu'il pourra exercer lui-même son droit cédé sur l'immeuble, en cas de faillite du cessionnaire ; cette assertion contrarie tellement les principes les plus élémentaires, qu'elle devient un non-sens sous la plume de l'auteur ; car enfin par la vente de l'action le vendeur est dessaisi de son droit. Et il ne pourrait le reprendre qu'après avoir fait prononcer la résolution de la vente.

Et pour ajouter ici un dernier argument contre la difficulté qui retient Persil, au sujet de l'impossibilité d'asseoir une inscription sur un pareil immeuble incorporel, nous disons que c'est là se créer un obstacle chimérique ; car il est peu probable que l'arrière-cessionnaire d'action immobilière fasse transcrire son titre ; dès lors aussi il n'y a pas de nécessité pour le vendeur de le faire ; car le privilége du vendeur subsiste sans inscription jusqu'au quinzième jour après la transcription du vendeur (article 834, du Code de procédure). Ou bien, et c'est ce qui pourra arriver de pire, cet arrière-cessionnaire fera transcrire, et alors le vendeur privilégié n'aura pas plus de difficulté que lui à en faire autant dans la quinzaine.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] *Voy.* l'art. 2118. On y trouvera de nouveaux détails applicables aux priviléges.

[2] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 682, n°s 12 et 13.

chose qui n'empêche pas cette chose de subsister *dans son espèce*. Elle donne en effet pour exemple le cas où un site a été donné à hypothèque, et où l'on y bâtit une maison. La maison n'est qu'un accessoire de l'emplacement, conformément aux principes sur le droit d'accession. L'emplacement est donc resté ce qu'il était auparavant quant à son espèce. Il n'y a pas eu de véritable transformation.

Au contraire, les arbres qui ont servi de matériaux pour la construction du navire ont éprouvé une mutation qui a produit une nouvelle espèce et qui a éteint l'ancienne.

C'est pourquoi Cujas, afin de concilier ces deux lois, dit qu'il faut distinguer les *genres de mutations*. La mutation qui engendre une nouvelle espèce et éteint celle sur laquelle le gage est assis, fait cesser l'hypothèque : « Mutatio quæ parit novam speciem, et priorem perimit, quæ pignori nexa erat, procul dubio pignus perimit. » Cela a lieu lorsque d'un pin on fait un vaisseau ou un coffre. « Et hæc mutatio fit cum ex materia, » ex cupresso vel pinu, fit navis vel arca. » L. *sed si ex meis*, D. *de acq. rer. dom.* » C'est aussi ce qui arrive lorsque de la laine on fait un vêtement, ou si d'un marbre on fait une statue. Cette mutation détruit la première espèce et en fait une nouvelle. « Idem si ex lana pignorata fiat vestimentum, idem si ex marmore pignorato fiat statua. Hæc mutatio perimit priorem speciem, et parit novam. »

Mais si le changement ne fait qu'augmenter la chose, comme si on plante une vigne sur un sol précédemment en friche, si on bâtit une maison sur un emplacement vide, ce changement ne porte aucune atteinte au gage, parce que ni la chose mise en gage ni sa portion la plus importante ne périssent. Il en est de même du changement qui ne fait que diminuer la chose. « Mutatio vero » (continue Cujas) *quæ rem auget*, ut si loco » puro imponatur ædificium, aut vinea; vel » *mutatio quæ minuit*, ut si ex domo fiat » hortus, vel si domus ad aream redigatur : » hæc, inquam, mutatio pignus non perimit, » quia nec res quæ pignorata est, ejusve rei » portio maxima perimitur [1]. » Ces distinctions d'un grand maître sont fécondes en conséquences : on peut les prendre hardiment pour guide.

Cujas complète ces règles par une observation que je dois faire connaître. C'est que le premier changement dont il a parlé, et qui a pour effet de substituer une espèce à une autre espèce, n'est réellement considérable et n'éteint le droit de gage qu'autant que ce changement est définitif et que la matière ne peut revenir à son espèce primitive. Mais il en est autrement si la matière peut reprendre son premier état. Ainsi celui qui a un privilége sur un lingot d'argent qu'il a vendu, a aussi privilége sur les couverts d'argent qui en ont été faits; car ces couverts peuvent être facilement ramenés à la même nature de lingot, et la matière triomphe de la forme. Voici les termes énergiques de la loi 78, § 4, D. *de leg.* 3 [2] : « Cujas ea ratio traditur : quippe, ea quæ » talis naturæ sunt, ut sæpius in sua possint » redigi initia, ea materiæ potentia victa, » nunquam vires ejus effugiunt. »

La matière prévaut donc dans ces sortes de choses, et la forme ne peut l'emporter sur elle. « In his scilicet rebus (dit Cujas) » prævalet materia. »

Ce sont ces principes qui ont fait dire à Neguzantius : « Quando res obligata transit » in aliam formam reducibilem ad primam » materiam, non extinguitur hypotheca : » secus si non sit reducibilis [3]. »

§. Mettons le dernier trait à cette profonde et lumineuse doctrine, en transcrivant les expressions qui terminent le commentaire de Cujas sur la loi 18, § pénul., *de pignor. act.* [4].

« Hactenus tetigi duas tantum mutationis » species, unam *quæ fit ex non subjecto in* » *subjectum, ut si ex arbore fiat navis : fit* » *enim ex non nave navis;* alteram quæ fit » *ex subjecto in subjectum*, ut si ex area fiat » vinea. »

« Et est tertia mutationis species quæ fit » *ex subjecto in non subjectum*, ut si navis » dissolvatur tota, quæ omnium summa mu» tatio est, mors nempe, interitusve sub» jecti, ut cum ex homine fit pulvis, aut » cinis ex ligno... Id genus pignus et lega» tum extinguit. »

110. Il résulte de ces distinctions et de

[1] Cujas, lib. 29, *Pauli ad edict.*, l. 18, § penult. *de pignor. act.*
[2] Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 416, n° 1.
[3] Neguzantius, *de pignor. et hyp.*, 1 memb., 2e partie, n° 26.
[4] *Loc. cit.*, lib. 29. *Pauli ad edict.*

ces développements, que le point important est de distinguer si la chose a cessé d'être ce qu'elle était pour se transformer en une espèce différente, ou seulement si cette chose n'a reçu que des améliorations ou des diminutions qui n'ont pas empêché qu'elle ne conservât son espèce primitive [1]. »

111. Mais cela n'est pas toujours facile à discerner, et je vais citer des arrêts qui prouvent que rien n'est plus fréquent que de rencontrer des contrariétés d'opinions sur une matière qui prête beaucoup aux subtilités.

§. Ainsi Basnage prétend (Hyp., ch. 14.) qu'il a été souvent décidé que celui qui a vendu des laines conserve un privilége sur les draps qui en ont été faits.

Mais je ne puis concevoir comment ces arrêts ont reçu l'approbation de ce jurisconsulte, qui, bien loin d'ignorer les savantes distinctions de Cujas, s'en autorise assez longuement. Il aurait dû se rappeler en effet que Cujas dit positivement que le privilége sur la laine ne passe pas sur le drap qui en est confectionné. « Idem, si ex lana pignorata fiat vestimentum, hæc mutatio perimit priorem speciem, et parit novam. » Ce qui est conforme au § 25, Inst. *de rer. divisione*.

§. Basnage veut aussi, d'après un arrêt du parlement de Rouen du 31 janvier 1663, que le vendeur des cassonades conserve un privilége sur les sucres. Mais je ne crois pas que cette opinion soit juste. Il y a transformation véritable d'une espèce dans une autre, plutôt qu'amélioration des cassonades.

Brodeau sur Louet, I. P., n° 19, enseigne avec raison que le froment transformé en farine, se convertit en une chose d'une espèce toute différente. Il y a même raison de décider pour les cassonades converties en sucre; d'autant que cette matière première, une fois livrée à la fabrication, ne peut reprendre son ancienne nature.

§. Par les mêmes raisons, je pense avec Grenier [2] que s'il avait été fait des fauteuils avec des étoffes vendues, le privilége du vendeur ne s'étendrait pas sur ces meubles. Il y a en effet substitution définitive d'une espèce à une autre. Les étoffes ne sont qu'un accessoire des effets mobiliers qu'elles ont servi à confectionner. Elles ont été incorporées aux fauteuils pour les orner, mais elles n'en forment pas l'utilité *principale*. Le privilége ne pourrait donc pas avoir lieu sur les *fauteuils* eux-mêmes [3].

Il serait même perdu sur les étoffes ainsi employées. Car ces étoffes, découpées en fragments, ne pourraient reprendre leur ancienne forme. Ce ne serait jamais que des coupons dont la principale valeur se tirerait de la nouvelle *forme* qu'ils auraient prise; et on ne pourrait pas dire avec la loi romaine [4] précitée, *nunquam vires materiæ effugiunt*. Faisant partie des fauteuils, les étoffes auraient cessé d'exister comme étoffes; il n'y aurait plus que des fauteuils [5], lesquels sont affranchis du privilége.

Basnage cite cependant (Hyp., ch. 14) un arrêt du parlement de Rouen, du 19 novembre 1669, qui décide que le privilége peut être exercé sur les *fauteuils*. Mais cet arrêt ne vaut pas mieux que les précédents; et ce parlement me paraît avoir eu, sur le sujet qui m'occupe, une jurisprudence directement contraire aux principes.

112. Grenier pense [6] que le serrurier qui, avec son fer et ses avances, aurait fait des rampes, balcons et serrures, et les aurait établis dans une maison, ne pourrait avoir de privilége sur ces choses, parce que, par l'effet de l'adhésion, ces objets auraient été incorporés à l'immeuble et auraient changé de *nature*.

Mais cette opinion, que Grenier énonce du reste sous la forme du doute, me paraît fausse dans ses résultats. Car, si l'on veut absolument considérer ces choses comme *immeubles*, et prétendre qu'elles ne peuvent donner lieu à un privilége sur les *meubles*, je dirai qu'au moins l'ouvrier a fait à la maison un ouvrage qui, d'après l'art. 2103 du Code civil, n° 4, lui donnera sur l'immeuble un privilége jusqu'à concurrence de la plus value de cet immeuble.

113. La question n'est pas plus embarras-

[1] Il y a un cas où le changement d'espèce et de nature ne nuit pas au privilége; c'est celui où il s'agit de vente de *semences*. Le privilége s'étend aux récoltes produites. *Infra*, n° 166.

[2] Grenier, t. 2, n° 316.

[3] L. 19, §§ 13 et 14, Dig. *de auro arg. leg.*, prévoit le cas où la pourpre d'une personne aurait été brodée sur l'habit d'une autre. Elle décide que cette pourpre n'est qu'un *accessoire*, qu'une *portion* de l'habit.

[4] L. 78, § 4, *de leg.* 3°.

[5] L. 19, §§ 13 et 14, Dig. *de aur. arg. leg.* Ducaurroy, *Inst. expliq.*, n° 368.

[6] Grenier, t. 2, n° 316.

sante à l'égard de ceux qui ont un privilége spécial sur un *meuble* qui, par la suite, devient immeuble par destination.

Par exemple, Pierre a vendu à Jacques des animaux de labour ou des ustensiles aratoires. Celui-ci les attache à un fonds dont il est propriétaire. Pourra-t-on dire que, ces animaux et ces ustensiles étant devenus *immeubles* de *meubles* qu'ils étaient auparavant, le vendeur ne pourra pas exercer son privilége sur eux, à raison du changement de *nature* qui s'est opéré?

Un ouvrier vend à Titius une cuve, que celui-ci place dans sa métairie pour l'exploitation de son fonds. Cette cuve devient immeuble d'après l'art. 524 du Code civil. Ce changement de nature fera-t-il perdre à l'ouvrier son privilége?

Dans ces deux cas, comme dans tous les cas semblables, il faut se décider en faveur du privilége (Code de proc., 593).

Tant que le prix n'est pas payé, le vendeur conserve un droit réel sur la chose. Or, on ne peut admettre que l'acheteur, en imprimant à cette chose une qualité purement métaphysique, et en changeant sa destination pour sa propre commodité, ait pu altérer les droits précis et intimes du vendeur, et lui soustraire son gage; il n'était en son pouvoir de donner aux choses vendues qu'une destination imparfaite et subordonnée aux droits du vendeur [1].

Il en est sans doute autrement lorsque l'acquéreur a changé l'espèce de la chose, et qu'au moyen de cette transformation la chose livrée a cessé d'être ce qu'elle était. On conçoit alors que la perte du privilége est fondée sur la perte de la chose elle-même.

Mais, dans l'hypothèse qui m'occupe, la chose subsiste dans toutes ses parties, telle qu'elle existait primitivement. Il n'y a qu'un changement dans sa destination. Or ce changement, n'affectant que la qualité morale de la chose, est bien différent du changement résultant de la conversion d'une espèce dans une autre, et ne semble pas devoir produire les mêmes effets [2].

114. J'ai peut-être trop tardé à m'occuper d'une objection tirée de l'art. 570 du Code civil, et qui tendrait à renverser tout le système que j'ai développé sur la perte des priviléges par la mutation totale et absolue de la chose en une autre espèce. Mais je n'ai pas voulu interrompre, par une discussion qui demande quelques détails, l'exposé de principes importants et difficiles à expliquer, à cause des nuances diverses que peuvent prendre les cas particuliers. Je me hâte d'y arriver en ce moment.

L'on sait que les jurisconsultes romains étaient partagés sur la question de savoir si,

[1] Un objet mobilier, quoique devenu immeuble par destination, reste affecté au privilége du vendeur non payé, si l'immobilisation n'a pas changé sa forme et lui permet de reprendre sans changements nouveaux sa nature primitive. (Brux., cass., 19 mai 1834, et 27 février 1837; mais *voy.* Brux., 16 août 1832).

Une machine à vapeur placée, même à perpétuelle demeure, pour le service et l'exploitation d'une mine, reste, tant qu'elle est en la possession de l'acheteur, et malgré son immobilisation fictive, soumise à l'exercice du privilége du vendeur.

Le vendeur qui a fait vendre par expropriation l'immeuble dans lequel était incorporée cette machine à vapeur, et qui s'en est rendu adjudicataire, peut demander, par suite, qu'il soit nommé des experts pour déterminer le prix de l'immeuble et celui de la machine à vapeur vendus pour une somme globale. (Brux., 6 mai 1840.)

Le privilége du vendeur d'effets mobiliers non payés ne peut plus s'exercer dès l'instant que les objets vendus ont changé de nature par leur incorporation à un immeuble et sont ainsi devenus immobiliers par destination. Il en est ainsi alors surtout que l'immeuble auquel les objets mobiliers sont incorporés a été saisi et vendu. (Cass., Paris, 18 mars 1840.)

Voy. en sens contraire, un arrêt du 24 mai 1842. La contradiction qui existe entre l'arrêt du 18 mars 1840 et celui du 24 mai 1842, devient moins flagrante quand on considère que, dans l'espèce où celui-là a été rendu, le privilége n'était exercé qu'après une saisie immobilière qui avait frappé l'immeuble par destination, aussi bien que l'immeuble même auquel il était attaché.

L'incorporation de chaudières à vapeur à une fabrique n'anéantit pas le privilége du vendeur de ces chaudières.

Ce privilége a la préférence sur celui attribué au gouvernement par la loi générale du 26 août 1822. (Art. 290.) (Liége, 3 avril 1841; *J. de Brux.*, 1841, p. 540. — *Voy.* Brux., cass., 26 fév. 1837; *Bull.*, 1838, p. 48, 1840, p. 78, et la note).

[2] *Voy.* de nouvelles considérations, *infra*, n° 196, et surtout dans mon *Commentaire de la vente*. Néanmoins, la cour de Grenoble a jugé contre le privilége par arrêt du 18 janvier 1833. Mais elle n'a pas fait attention à l'article 593 du Code de procéd. La cour de cassation, plus familière avec les textes, n'a pas manqué d'apercevoir l'argument que fournit cet article, à mes yeux si grave; elle a reconnu positivement, par arrêt du 22 janv. 1833, que le vendeur a le droit de saisir le meuble et immeuble immobilisé pour se faire payer par privilége. Ainsi elle a condamné la décision de la cour de Grenoble. Si cependant son arrêt tourne en définitive contre le vendeur, c'est parce qu'il paraît, d'après les motifs de la décision, assez obscurs du reste, que le vendeur n'avait pas fait opérer la séparation du meuble d'avec l'immeuble, et qu'il demandait privilége sur l'immeuble même auquel le meuble avait été attaché. Mon opinion a du reste pour elle un arrêt de la cour de Gand du 24 mai 1833. *Jur. de B.*, 1834, t. 2, p. 34.

lorsqu'une mutation d'espèce a lieu, la forme doit l'emporter sur la matière, ou bien la matière sur la forme.

Nerva et Proculus pensaient que lorsque quelqu'un fait en son nom une nouvelle espèce avec la matière d'autrui, cette espèce qu'il a créée lui appartient. Cassius et Sabinus estimaient au contraire que le propriétaire de la matière mise en œuvre devenait propriétaire de la chose nouvellement fabriquée : *Quia sine materia nulla species effici potest.*

D'autres jurisconsultes avaient une opinion qui tenait le milieu entre celle des Proculéiens et des Sabiniens. Ils pensaient que, si la matière pouvait reprendre sa première forme, on devait se ranger à l'opinion des Sabiniens; mais que, si elle ne pouvait la reprendre, l'avis des Proculéiens était préférable [1].

C'est ce parti intermédiaire que Justinien avait adopté dans ses Institutes [2].

Mais le Code civil en a pensé différemment, et a fait prévaloir l'avis des Sabiniens.

« Art. 570. Si un artisan ou une personne » quelconque a employé une matière qui ne » lui appartenait pas, à former une chose » d'une nouvelle espèce, *soit que la matière* » *puisse reprendre ou non sa première forme*, » celui qui en était propriétaire a le droit » de réclamer la chose qui en a été formée, » en remboursant le prix de la main- » d'œuvre. »

Le Code ne fait qu'une exception à cette règle, art. 571 : « Si cependant la main- » d'œuvre était *tellement importante* qu'elle » surpassât de *beaucoup* la valeur de la ma- » tière employée, l'industrie serait alors » réputée la partie principale, et l'ouvrier » aurait le droit de retenir la chose travail- » lée, en remboursant le prix de la matière » au propriétaire. »

Voici maintenant l'objection qui peut être faite :

Paul, des écrits duquel est tirée la loi 18, § 3, *de pignorat. act.* [3], citée ci-dessus, et de laquelle il résulte que, si le bois hypothéqué est employé à la construction d'un navire, le gage est perdu, tenait l'avis mitoyen dont j'ai parlé ci-dessus [4].

C'est en le commentant que Cujas a fait la distinction du cas où la matière peut reprendre sa première forme, du cas où elle ne le peut pas. Cette distinction, adoptée par la majorité des jurisconsultes romains dans le dernier état de la jurisprudence, et sanctionnée par Justinien, a dû être respectée par les interprètes des lois romaines, et servir de guide à leurs décisions.

Mais ne doit-on pas la repousser, aujourd'hui que le Code civil la réprouve, aujourd'hui que l'avis des Sabiniens est érigé en loi, aujourd'hui que le propriétaire de la valeur reste propriétaire de la chose créée par l'industrie, soit que cette chose puisse reprendre ou non sa forme première? Il faut donc dire que, d'après le Code civil, on doit laisser à l'ancien droit des distinctions qui ne sont faites que par un ordre de choses aboli, et que le privilége se conserve malgré les changements auxquels est soumise la matière première, sauf cependant l'exception dont parle l'art. 571 du Code civil.

115. Cette objection est spécieuse. Mais, avec un peu d'attention, on voit qu'elle n'a pour elle qu'une couleur séduisante.

La controverse entre les Proculéiens et les Sabiniens, de même que l'art. 570 du Code civil, ne roule que sur le cas où il s'élève un conflit entre deux propriétaires, dont l'un revendique la matière première, l'autre la chose créée par son industrie avec une matière qui ne lui appartient pas. On ne peut alors se dissimuler que l'espèce nouvelle n'ait fait disparaître la matière première. D'un autre côté, il faut reconnaître que l'ouvrier a travaillé sur une chose dont il n'est pas propriétaire. De là la nécessité d'examiner une question d'accession qui consiste à savoir qui, de la matière ou de la forme, doit avoir la prééminence, afin d'adjuger à quelqu'un la propriété incertaine. On a vu ce qui, après beaucoup de variations, avait été adopté par la législation nouvelle.

Mais, lorsqu'il s'agit d'un privilége, comme il ne peut y avoir de privilége que sur une chose dont on n'est pas propriétaire, cette nécessité d'adjuger la propriété ne se présente plus. Le propriétaire est connu : personne ne peut contester son droit. Maître de la chose, il a pu s'en servir en propriétaire,

---

[1] Caius, Inst., 2, 79. L. 7, § 7, Dig. *de acq. rer. dominio.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 107, n° 55. Ducaurroy, n° 365.
[2] *De rer. divis.*

[3] Lib. 29, *ad edictum.*
[4] L. 26, Dig. *de acq. rer. dominio.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 107, n° 56.

il a pu en user et en abuser, la transformer ou la détruire.

Il n'y a donc qu'une seule chose à examiner. L'objet grevé a-t-il péri? a-t-il été anéanti? oui ou non.

Or on ne peut contester que la laine employée à faire du drap n'existe plus comme laine; que le bois employé à faire un vaisseau ne soit plus un simple tronc, un simple arbre, comme il était primitivement. Il suit de là que, l'objet grevé étant anéanti, le privilége l'est également; car c'est sur des laines, sur du bois, qu'existait le privilége. Il n'a pu être transféré de plein droit sur des draps et sur un vaisseau.

Au reste, c'est ce que les Sabiniens eux-mêmes avaient reconnu. Cette secte, qui voulait que, dans le conflit entre le propriétaire de la matière et l'ouvrier, on jugeât pour le maître de la matière, était la première à dire que, si la chose hypothéquée était convertie en une autre d'une nouvelle espèce, le gage était perdu.

Paul nous apprend ce fait extrêmement remarquable dans la loi 18, § 3, D. *de pignorat. act.* [1] : « Si quis caverit ut sylva sibi » pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignoris, *Cassius* [2] ait : » quia *aliud sit materia, aliud navis.* »

Cassius reconnaissait donc que la perte de l'hypothèque dépendait d'autres principes que la perte de la propriété, et que les conséquences de la *spécification* ne s'appliquaient pas toutes au droit d'hypothèque. Par la même raison on doit croire que le Code civil, qui a adopté la doctrine de Cassius sur un point, n'a pas voulu lui donner sur un autre une extension désavouée par la raison.

116. L'esprit du Code civil se montre à découvert par un autre rapprochement.

L'art. 2102, n° 4, qui est relatif au privilége du vendeur sur les objets non payés, accorde aussi au vendeur le droit de revendiquer ces objets, s'il le trouve convenable.

Mais, entre autres conditions, il veut que cette revendication ne puisse être exercée que si ces effets se trouvent *dans le même état dans lequel la livraison a été faite.*

Il suit de là que, si j'ai vendu les bois de mes forêts, et que ces bois aient été employés à la construction de navires, je ne pourrai revendiquer ces bâtiments dans le cas où je n'aurais pas été payé. Vainement je réclamerai la disposition de l'art. 570 du Code civil, qui porte que le propriétaire de la matière l'est aussi de l'ouvrage fabriqué avec cette matière. On me répondrait : « L'article 570 n'est applicable qu'au cas où les » navires auraient été construits avec le bois » d'autrui, et où il s'agirait de décider, *entre* » *l'ouvrier et le propriétaire des bois*, lequel » est propriétaire du vaisseau; mais, dans » l'espèce, les bois ne vous appartiennent » plus, puisque vous les avez vendus. Avant » l'action en revendication, l'acquéreur a » pu en faire ce qui lui paraissait convenable; tant pis pour vous si vous avez réclamé si tard. Au reste, vous ne pouvez » revendiquer que ce que vous avez livré; » or, vous avez livré des bois, mais ils » n'existent plus : ils ont été transformés » en vaisseau. »

Mais, si je ne peux exercer l'action en revendication parce que les objets vendus auront changé de nature et d'espèce, il est sensible que je ne pourrai non plus exercer de privilége; car il y a trop d'analogie entre la revendication et le privilége pour que l'un puisse s'appliquer à des choses dont l'autre serait exclue.

Inutilement dira-t-on que le propriétaire non payé est censé propriétaire de la chose; que si, par exemple, un ouvrier s'emparait des bois vendus et en faisait des meubles, l'acquéreur serait propriétaire des meubles, sauf à rembourser la main-d'œuvre; qu'il serait par conséquent bien étrange que le vendeur non payé n'eût pas un droit semblable.

Je réponds que ce n'est pas dans un sens exact et rigoureux que l'on dit que le vendeur non payé est propriétaire de la chose vendue [3] : c'est une manière de parler pour montrer qu'il conserve sur la chose un droit privilégié. Mais il n'en est pas propriétaire, surtout lorsqu'il a suivi la foi de l'acquéreur et qu'il lui a fait la tradition de l'objet vendu. S'il était propriétaire, il n'aurait pas de privilége; car nul n'a de privilége à réclamer sur sa chose [4].

Privé du droit de propriété, il ne pourra

[1] *Pand.* de Pothier, t. 1, p. 502, n° 12.

[2] Cassius Longinus était l'un des chefs de la secte Sabinienne, qui portait aussi le titre de Cassienne, à cause de lui. (Pothier, *Pand.*, t. 1, préface, p. xxiij, n° 31).

[3] *Voy.* mon *Comm. de la vente*, n°s 36, 37 et suiv.

[4] Ceci est conforme aux vrais principes et beaucoup

pas davantage réclamer de droits privilégiés sur les meubles qui auront été confectionnés par l'acquéreur avec le bois vendu; car ce bois n'existe plus. Une chose d'une autre nature a pris sa place; et, de même qu'il n'aurait aucun privilége sur les meubles que l'acquéreur aurait achetés avec l'argent provenant de la revente des bois, de même il n'a aucun droit sur les meubles faits avec le bois, car autre chose est le bois vendu, autre chose sont les meubles. Cassius a fort bien dit : *Aliud materia, aliud navis*. En matière de priviléges, il ne peut y avoir de subrogation de plein droit d'une chose à une autre. Les priviléges sont de droit étroit : ils ne se communiquent pas, et un privilége spécial ne doit grever que ce qui lui est spécialement affecté.

117. Il me reste à observer que les priviléges sur les meubles, même quand ils sont généraux, ne peuvent s'exercer que dans les limites tracées par les art. 592 et 593 du Code de procédure. Il y a en effet des meubles qui sont insaisissables; par exemple, le coucher nécessaire des saisis, ceux de leurs enfants vivant avec eux, les habits dont les saisis sont vêtus et couverts. Or le privilége n'a d'efficacité que par l'expropriation du débiteur (*infra* 123). Il est paralysé, tant que la chose est *insaisissable*.

117 *bis*. J'ai parlé jusqu'ici des meubles. Quant aux immeubles, ils sont sujets, comme les meubles, mais plus rarement qu'eux, aux changements dont j'ai parlé.

Ainsi une maison peut être détruite de fond en comble : il n'en reste plus que les matériaux, qui sont une espèce différente de la maison, et sur lesquels par conséquent ne se continue pas le privilége imprimé sur l'immeuble, à moins qu'ils ne soient employés à la reconstruction de la même maison [1].

Ainsi Pierre a un privilége comme vendeur non payé sur la maison A. Elle est renversée et détruite par un tremblement de terre. Les créanciers de l'acquéreur font vendre le sol et les matériaux. Le vendeur n'aura de droit privilégié que sur le prix du sol. A l'égard du prix des matériaux, il ne sera qu'un créancier chirographaire [2].

---

plus exact que ce qui est dit au n° 79. Il y a même une contradiction telle entre les deux passages, qu'elle justifie complétement notre note en réfutation sur le n° 79.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] *Infra*, n° 889. Grenier, n° 147.

[2] Il est impossible d'admettre ce que dit ici l'auteur, à l'égard du vendeur. Il sera toujours créancier privilégié sur le prix de ces matériaux; si ce n'est pas par l'effet de l'art. 2103, ce sera par l'effet de l'art. 2102. Car si les matériaux ne peuvent plus être considérés comme immeubles, ils seront au moins meubles, et dès lors le vendeur peut se prévaloir pour l'exercice de son privilége du n° 4 de l'art. 2102. Heureusement que la prévoyance de la loi est plus juste que le commentaire.

Nous concevons, il est vrai, que dans un cas analogue, l'hypothèque se perde ou se détériore, et ne s'étende plus au delà du sol; cela est conforme aux principes; d'où la nécessité, pour le dire en passant, de faire une distinction entre le privilége et l'hypothèque, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le faire remarquer dans la note sur le n° 108. Mais il n'en est nullement ainsi quant au privilége du vendeur, dont le droit de suite et de préférence s'étend sur le prix de la chose mobilière et immobilière. Le motif de la loi qui sert de fondement au privilége du vendeur subsiste toujours; ce motif véritable nous l'avons indiqué dans la note sur le n° 79, contrairement au sentiment de Troplong. Il consiste en ce que le gage commun des créanciers n'étant que ce que leur débiteur a *in bonis*, et le prix des choses non payées existantes ne pouvant pas y être compris, ils n'y ont pas de gage, parce qu'ils s'enrichiraient aux dépens du vendeur qui serait privé tout à la fois de la chose et du prix, s'ils pouvaient tous y participer par contribution; voilà ce qui justifie la préférence légitime accordée au privilége du vendeur, sans que nul ait raisonnablement à s'en plaindre.

Si l'assertion de Troplong pouvait subsister dans l'espèce qu'il cite, d'une maison renversée et détruite par un tremblement de terre, cas fortuit, elle devrait être vraie aussi lorsque l'acquéreur démolirait lui-même sa maison; car il est maître et propriétaire absolu et a le droit de disposer comme bon lui semble. Ce serait placer le privilége du vendeur à la merci de son débiteur de bonne ou de mauvaise foi. Supposons-le de mauvaise foi, et voici une hypothèse de la dernière iniquité, qui serait autorisée par l'opinion de Troplong.

L'acquéreur d'un édifice, construit en matériaux de grande valeur, n'en a pas payé le prix comptant; le vendeur s'en repose sur son privilége, qu'il a eu soin de faire inscrire, et au préjudice duquel il sait qu'aucune hypothèque ne peut être consentie par son débiteur. Celui-ci crée des dettes simulées avec des tiers qu'il investit de toutes les apparences de véritables créanciers chirographaires, rien n'est plus facile; après cela, il démolit son édifice sous prétexte de le reconstruire d'après un nouveau plan; mais quand les matériaux sont jacents il n'en fait rien, ou les créanciers simulés l'en empêchent par saisie et vente des matériaux; si, dans ce cas, le vendeur n'était plus que sur la ligne des chirographaires, il serait victime de la collusion et son privilége, qui paraissait la plus sûre de toutes les garanties que puisse donner la loi, ne serait plus qu'une chimère. Pareilles conséquences sont-elles tolérables? Où est le moyen de les prévenir si le vendeur a perdu son privilége?

Qu'on n'objecte pas que c'est là un inconvénient auquel le simple créancier hypothécaire est aussi exposé; car outre que le privilége du vendeur est bien plus favorable aux yeux de la loi que l'hypothèque simple, le créancier hypothécaire n'a pas à redouter les conséquences d'une pareille collusion, parce qu'il n'accepte d'hypothèque conventionnelle que sur des immeubles libres ou suffisants qui sont la propriété incommutable de celui qui les y affecte; or il n'est pas à craindre que son débiteur, fût-il de mauvaise foi, aille opérer dans ce cas, une démolition qui ne lui profiterait en rien et qui ne lui serait que préjudiciable. De manière qu'ici le créancier hypothécaire

118. Il arrive souvent que l'objet sur lequel le privilége était assis, et qui vient à périr, était *assuré*, comme maison, mobilier, vaisseau, etc. Le privilége se continue-t-il sur l'indemnité payée par les compagnies d'assurance pour réparation du sinistre?

Cette question sera traitée *infra*, n° 890.

118 bis. Je termine tous ces développements par une réflexion.

La question de savoir si la transformation d'une espèce en une autre détruit le privilége, n'est intéressante que pour le cas où il s'agit d'un *privilége spécial*.

Mais si ce privilége était général, la question serait sans utilité, puisqu'il est de l'essence du privilége général de tout affecter sans exception [1].

SECTION PREMIÈRE.

DES PRIVILÉGES SUR LES MEUBLES.

ARTICLE 2100.

Les priviléges sont ou généraux ou particuliers sur certains meubles.

SOMMAIRE.

119. Cet article n'est pas introductif d'un droit nouveau.

119 *bis*. Renvoi pour la question de préférence entre les priviléges spéciaux et généraux.

COMMENTAIRE.

119. Cette disposition n'est pas introductive d'un droit nouveau. Elle avait lieu dans l'ancienne jurisprudence, qui distinguait les priviléges spéciaux d'avec les priviléges généraux.

119 bis. J'ai examiné (n° 73) la question

---

simple trouve une garantie de son gage, dans l'intérêt de conservation même de son débiteur, garantie que n'aurait pas le vendeur privilégié.

Quant au privilége des architectes, entrepreneurs, etc., établi par les nos 4 et 5 de l'art. 2103, nous n'oserions pas soutenir qu'ils le conservent sur les matériaux, à moins qu'ils n'eussent eux-mêmes livré ces matériaux ; et quant à eux l'opinion de Troplong pourrait être admise, toujours en nous déterminant par les motifs de la loi qui a introduit ce privilége. Ces motifs consistent dans la plus value que l'architecte ou l'entrepreneur ont procurée, à leurs frais, à la maison, sans qu'il ait rien été déboursé par le propriétaire pour l'obtenir : d'où résulte que la plus value et le prix qu'elle a coûté se trouvent encore une fois réunis dans les mains du propriétaire ; prétendre exclure l'architecte de son payement, par préférence à la masse commune des créanciers, serait enrichir ceux-ci aux dépens de cet architecte qui serait grevé tout à la fois de la chose (la plus value) et du prix qu'elle a coûté. Or, quand la maison est détruite de fond en comble, la plus value ne se trouve plus *in bonis* du propriétaire débiteur, et par conséquent le gage commun n'en est plus accru ou amélioré. Le concours, par contribution, de toute la masse de créanciers sur ces matériaux, ne peut plus être considéré comme un moyen pour eux de s'enrichir aux dépens de qui que ce soit, sur une plus value qui n'existe plus.

Pour ce qui est du privilége du bailleur de fonds qui auraient servi à l'acquisition de cette maison, objet du n° 2 de l'art. 2103, nous n'hésitons pas à croire qu'il s'étend jusque sur les matériaux de la maison détruite, tout comme celui du vendeur, parce que encore une fois les motifs du privilége continuent à subsister dans ce cas, vu que sans l'argent de ce prêteur non-seulement la maison, mais encore ses débris, ne se seraient pas trouvés dans l'avoir du débiteur commun, où se rencontrent encore une fois le prix réuni à la chose ou tout au moins aux matériaux qui la composaient. D'un autre côté, ce bailleur de fonds est véritablement subrogé, pour son privilége, à la place du vendeur dont il a acquis tous les droits, avantages et prérogatives qu'il aurait eus lui-même comme créancier privilégié, s'il n'était pas intervenu ce tiers qui consentit à suivre à sa place la foi et le crédit de l'acheteur, moyennant le même gage privilégié. C'est là une véritable subrogation légale qui a son fondement dans cet art. 2103, n° 2, quoiqu'elle ne se trouve pas énumérée dans l'article 1251. (*Note de l'éditeur belge.*)

[1] On trouvera peut-être que l'ordre naturel aurait voulu que cette matière fût traitée au titre *De la perte des priviléges*. Mais d'abord le Code ne s'occupe pas de l'extinction des priviléges par la perte de la chose. De plus, notre article appelant spécialement notre attention sur *l'assiette du privilége*, il m'a paru que c'était le moment de s'expliquer sur les transformations dont cette assiette est susceptible.

de savoir si les priviléges spéciaux sont primés par les priviléges généraux.

Dans l'article qui suit, le législateur va s'occuper des priviléges généraux sur les meubles.

---

§ Ier. *Des priviléges généraux sur les meubles.*

ARTICLE 2101.

Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, et *s'exercent dans l'ordre suivant* [1] :

1° Les frais de justice;

2° Les frais funéraires;

3° Les frais quelconques de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus;

4° Les salaires des gens de service pour l'année échue, et ce qui est dû sur l'année courante;

5° Les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille; savoir : pendant les six derniers mois, par les marchands en détail, tels que les boulangers, bouchers et autres; et, pendant la dernière année, par les maîtres de pension et marchands en gros.

SOMMAIRE.

120. Incertitudes de l'ancienne jurisprudence sur le rang des priviléges généraux entre eux. Le Code a levé tous les doutes. Les rangs qu'il assigne sont obligatoires. On ne peut y déroger que par le concours de tous les intéressés.
121. Objet du commentaire de l'art. 2101.
122. *Des frais de justice*. Définition.
123. Examen des exemples de *frais de justice*. Frais de vente de l'objet grevé.
124. Frais de scellé et d'inventaire. Ont-ils la préférence sur le locateur? Discussion à ce sujet. Examen de divers arrêts.
125. Frais ordinaires de la *distribution* par contribution. Renvoi.
126. Frais extraordinaires de poursuite. Quels sont-ils? Quand privilégiés?
127. Frais de radiation et de poursuite d'*ordre*.
128. Frais de l'avoué de ceux qui contestent une mauvaise collocation. Ces frais ne sont privilégiés qu'autant que la contestation a réussi. Opinion contraire de Tarrible réfutée par celle de Berriat Saint-Prix et de Pigeau. L'huissier jouit-il du même privilége que l'avoué? Discussion et distinction à cet égard.
129. Frais d'administration de la faillite. Doute sur certains arrêts.
130. Conclusion sur les frais de justice. Caractère qu'ils doivent avoir pour être privilégiés. A quelle condition sont-ils généraux?
131. Renvoi pour la cause de leur préférence exclusive. Détails sur le caractère de leur généralité.
132. *Frais funéraires*. Fondement de ce privilége. Comment les honneurs de la sépulture ont été envisagés par les anciens.
133. Opinion de quelques auteurs qui pensaient que, par le droit romain, le privilége des frais funéraires

---

[1] Les créanciers dont parle l'art. 2101, Code civil, n'exercent leur privilége sur les immeubles qu'après qu'ils ont épuisé la valeur du mobilier. (Amiens, 24 avril 1822. Sirey, 23, 2, 236.) Jugé qu'ils peuvent cependant être admis conditionnellement dans la distribution du prix des immeubles, si les meubles ne sont pas encore vendus. (Agen, 28 août 1834. Sirey, 35, 2, 426.)

Les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles, et subsidiairement sur les immeubles, à défaut de mobilier, ne sont pas tenus, pour être admis à exercer leur privilége sur les immeubles, de prouver qu'ils n'ont pu se faire colloquer sur le prix du mobilier du débiteur. C'est à ceux qui repoussent l'exercice du privilége, à prouver que c'est par fraude, collusion ou négligence que le créancier a omis de se faire colloquer sur le prix des meubles. (Limoges, 9 juin 1842. *Sir*, Lyon, 14 décembre 1832.)

était primé par les créanciers nantis d'hypothèque expresse. Réfutation.
134. En France, ce privilége est reconnu par les jurisconsultes avoir toute préférence. Singulière allégation de la cour de Paris.
135. Que comprennent les frais funéraires? Examen des lois romaines et de la jurisprudence du Châtelet de Paris.
136. Le deuil de la veuve est-il compris dans les frais funéraires? Résolution négative.
136 *bis*. De celui qui a prêté des fonds pour les frais funéraires.
137. *Frais de dernière maladie*. On n'y comprend pas ceux d'une maladie précédente. La dernière maladie est celle dont le défunt est mort. Raison de cela. Exception pour le cas de faillite.
138. Les frais de dernière maladie ne passent qu'après les frais funéraires.
139. Mais avant ceux d'aliments. Raisons. Fondement du privilége des frais de dernière maladie.
140. Il s'étend sur les immeubles. Arrêts anciens qui ont consacré ce principe.
141. Tous ceux qui sont créanciers pour frais de dernière maladie concourent.
141 *bis*. Du cas où ces frais ont été payés par un tiers. Renvoi au n° 136 *bis*.
142. *Salaire des gens de service*. Ce privilége dérive d'un usage suivi à Paris. Il est très-favorable. Quels ouvriers peuvent s'en prévaloir.
143. A quelles sommes il s'étend.
144. *Des fournitures de subsistances*. Sur quoi est fondé ce privilége. Il avait lieu dans l'ancienne jurisprudence.
145. Pour combien de temps a-t-il lieu?
146. Ce qu'on doit entendre par fournitures de subsistances. Opinion de Grenier rejetée. Différence entre subsistances et aliments.
147. Les professeurs n'ont pas privilége pour les leçons. Il n'y a que les maîtres de pension pour fournitures de subsistances.
147 *bis*. Pour prétendre privilége pour fournitures de subsistances, il faut être ou *marchand* ou maître de pension.

COMMENTAIRE.

120. J'ai dit ailleurs que le Code avait fait une chose très-nécessaire en indiquant, non-seulement le nombre des priviléges qui frappent sur tous les meubles, mais encore l'ordre dans lequel ils s'exercent; car il y avait de l'incertitude sur cet ordre dans l'ancienne jurisprudence. On peut s'en convaincre en consultant Pothier [1] et Basnage (Hyp., ch. 14).

Cet ordre, émanant de la volonté de la loi et de la qualité des créances, ne peut être changé par des stipulations particulières. Car la qualité d'une créance est indépendante du caprice des volontés privées. Ainsi un débiteur ne pourrait convenir avec un boucher que ce dernier serait payé pour les six derniers mois avant les gens de service. Cette convention serait nulle, à moins que les gens de service ne voulussent y consentir; ce qu'ils seraient maîtres de faire, puisque chacun peut renoncer aux priviléges introduits en sa faveur [2].

121. Mon principal objet, en commentant l'art. 2101, est de faire connaître avec développement la nature, l'étendue et la cause de chacun des cinq priviléges qui y sont énoncés. Je commence par les frais de justice à qui la loi donne le premier rang.

122. La définition de ce qu'on doit entendre par *frais de justice* n'est pas difficile à donner. Ce sont ceux qui se font pour la cause commune des créanciers et pour la *conservation* ou *liquidation* du gage dans leur intérêt.

Ainsi tous les frais exposés en justice ne sont pas *frais de justice* dans le sens de notre article. Il n'y a de privilége que pour ceux qui ont profité aux créanciers ayant des droits à exercer sur le gage [3].

De cette définition suit la conséquence que, pour décider si tels ou tels frais de justice peuvent légitimement aspirer à primer certaines créances, il n'y a qu'à se demander s'ils ont été utiles aux porteurs de ces créances. Toute la théorie du privilége des frais de justice est là. Ce privilége n'est pas absolu. Souvent il marche en tête de toutes les créances privilégiées; mais souvent aussi il est primé par d'autres dont il n'a pas fait l'avantage.

Pour approfondir cette matière, nous allons passer en revue les différentes espèces de frais de justice auxquels donnent lieu la conservation, la poursuite et la vente de l'objet grevé d'un droit réel, ainsi que la distribution du prix de cet objet lorsqu'il a été converti en argent [4].

123. *Des frais de justice et de vente de*

[1] Pothier, *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105. *Orléans*, introd., t. 7, p. 498.
[2] Rejet, 12 déc. 1831. *Voy.* n° 29 ci-dessus.
[3] L. 8, Dig. *depositi vel contra.*
[4] Il faut comprendre parmi les frais de justice, les frais de bénéfice d'inventaire. Les frais d'administration

l'objet grevé. Tarrible remarque avec raison qu'une somme d'argent est, en dernière analyse, l'objet final d'une créance quelconque. Comme l'objet affecté à cette créance n'est pas ordinairement de l'argent, il s'ensuit qu'il faut vendre le gage pour être payé. Mais cette vente ne peut se faire qu'au moyen de formes dispendieuses. Il est donc clair que les frais exposés pour y parvenir sont faits dans l'intérêt de tous les créanciers, au droit desquels l'objet est affecté, puisqu'ils ont un égal intérêt à la conversion de la chose en argent.

De là la conséquence que ces frais de saisie et de vente sont toujours *frais de justice* dans le sens de la loi, et jouissent de l'avantage d'être colloqués les premiers. C'est en quoi l'art. 657 du Code de procédure est d'accord avec les lois romaines [1].

Les frais se divisent en *ordinaires* et *extraordinaires* [2]. Les premiers sont ceux qui ont lieu de droit et dans tous les cas possibles, même lorsque la saisie n'éprouve pas de résistance. Les seconds sont ceux qui sont occasionnés par les oppositions du saisi ou par d'autres événements qui paralysent la marche de la procédure.

En matière de saisie réelle, les frais *ordinaires de saisie* sont payés par l'adjudicataire, *en sus de son prix* : il n'y a donc pas lieu a privilége [3]. Mais dans les saisies mobilières, l'adjudicataire n'en est pas chargé. Les frais de saisie doivent donc être payés par premier privilége sur le prix.

Les frais extraordinaires ne sont jamais à la charge de l'adjudicataire, pas plus dans les saisies immobilières que dans les saisies mobilières. Il faut donc que celui qui les a avancés les recouvre par action. Mais il n'a de privilége que lorsque cela a été ainsi ordonné par le tribunal. Car les frais extraordinaires n'ont pas de privilége *de plano*, comme les frais ordinaires. Le juge seul peut ordonner qu'ils seront payés par privilége, lorsqu'il a pris connaissance de la justice de la réclamation qui y a donné lieu [4]. Il ne doit leur accorder cette faveur qu'autant qu'ils auront été faits de bonne foi, dans l'intérêt bien entendu des créanciers et qu'ils seront exempts d'exagération [5]. Le plus souvent le créancier poursuivant n'obtient le remboursement par privilége des frais extraordinaires qu'il a avancés, qu'autant qu'il a gagné le procès auquel l'incident a donné lieu [6]. Je reviendrai du reste (n° 126) sur cette différence entre les frais ordinaires et les frais extraordinaires.

124. *Des frais de scellés et d'inventaire.* Il arrive quelquefois que les frais de scellés et d'inventaire sont faits pour l'avantage de tous les créanciers, dans l'intérêt desquels ils conservent la chose. Mais souvent aussi il peut se faire qu'ils demeurent étrangers à quelques-uns des créanciers. Alors ils ne sont pas frais de justice à leur égard, et ils ne peuvent prétendre à aucun privilége. Supposons que Pierre décède dans une maison qu'il tient à loyer. Le propriétaire fait opérer une saisie-gagerie. Mais pendant que les choses sont en cet état, la veuve de Pierre fait apposer les scellés et procéder à un inventaire pour la conservation de ses droits matrimoniaux. Il est évident que lors de la vente, opérée par suite de la saisie-gagerie, le locateur pourra prétendre à être colloqué sur le prix, par préférence au greffier de la justice de paix pour *apposition de scellés*, et au notaire pour *frais d'inventaire*. En effet, ni l'apposition des scellés, ni l'inventaire n'ont eu pour objet la conservation

---

sont une charge commune. (Cass., 11 août 1824 ; Persil, n° 6).

[1] L. 72, Dig. *ad leg. falcid.*, L. ult., § 9, C. *de jure delib.*

[2] Art. 715 et 716, Code de proc.

[3] Art. 715 du Code de proc. Delvincourt, t. 8, p. 6.

[4] *Voy.* Pigeau, t. 2, p. 154 et 182.

[5] Bretonnier sur Henrys, t. 2, p. 265 et 266.

Nous croyons que Troplong n'exprime pas correctement l'idée qu'il émet ici. Il semblerait d'après cela qu'il est dans le pouvoir discrétionnaire du juge de décider que tels frais, qualifiés d'ailleurs frais de justice, pourraient être tantôt privilégiés, tantôt non privilégiés, au gré du magistrat ; ce serait une erreur. C'est la loi qui crée le privilége et non le juge, puisque c'est un droit attribué par elle à la qualité de la créance. Ce qui tombe dans le domaine du juge, c'est de décider si, oui ou non, cette qualité existe dans la créance. Le juge peut dire que tels frais ne sont pas frais de justice ; mais une fois qu'il est constant que ce sont des frais de justice, leur distinction d'ordinaires ou d'extraordinaires ne peut plus leur ravir leur droit de privilégiés. Ce pouvoir du juge ainsi entendu et limité n'est alors pas exclusivement applicable aux frais ; mais il s'étend sur la détermination de la qualité de toutes les autres créances qu'on prétend privilégiées. C'est alors la question de fait, qui est toujours dans le domaine du juge ; mais une fois qu'il a déterminé le fait, il ne peut plus modifier le droit qui y est annexé par la loi.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[6] Un arrêt de Riom, du 3 août 1826, a jugé que, par cela seul que des dépens ont été déclarés, par jugement, devoir être employés en frais *extraordinaires*, il en résultait implicitement qu'ils étaient *privilégiés ;* que c'est ainsi que la chose était entendue avant le Code de procédure.

des droits du propriétaire locateur. Ce dernier n'avait pas besoin de ces mesures conservatoires pour que son gage ne lui échappât pas. Il avait déjà fait placer les meubles sous la main de la justice. C'est en ce sens que j'adopte l'opinion de Pigeau [1], Persil [2] et Delvincourt [3].

Mais si, avant que le locateur ne fît saisir-gager, un créancier vigilant avait fait apposer les scellés et fait inventorier les meubles, pour éviter la dilapidation du mobilier et le divertissement du gage commun, ces mesures conservatoires seraient utiles au locateur; elles le mettraient à même, en cas d'enlèvement frauduleux, de revendiquer les objets qui manqueraient d'après l'inventaire; elles produiraient même l'effet comminatoire d'empêcher que des malveillants ne missent la main sur les meubles placés sous la surveillance de la justice. Ces considérations deviendraient d'autant plus fortes, si le locateur ne s'était pas opposé aux scellés et à l'inventaire, ou s'il était absent lors du décès, de telle sorte que sans l'inventaire ses droits fussent gravement compromis. Tout cela dépend, au reste, des circonstances [4]. Mais je crois qu'on ne doit adopter qu'avec beaucoup de précautions deux arrêts de la cour de Paris [5] et de la cour de Lyon [6], qui ont donné au locateur la préférence sur le créancier des frais de scellés et d'inventaire. D'après les espèces de ces arrêts, la solution qu'ils ont fait prévaloir est fort contestable [7], et l'on pourrait leur opposer plusieurs arrêts du parlement de Paris, un, entre autres, du 17 février 1784 [8]. Je citerai aussi un arrêt de la cour de Paris, du 27 mars 1824 [9], qui a rejeté un propriétaire locateur, après les frais de scellés et d'inventaire. A la vérité, il y avait des circonstances particulières; aussi je ne parle de cette décision que pour montrer combien les espèces influent sur les arrêts en pareille matière, et modifient le point de droit [10].

125. Frais ordinaires de la *distribution* du prix entre créanciers.

J'ai fait connaître (n° 65) la nature de ces frais. On y verra que, comme les autres frais de justice, ils n'ont la prééminence qu'en tant qu'ils ont été utiles aux créanciers, et que s'il était quelques-uns de ceux-ci qui n'eussent pas d'intérêt dans la procédure en distribution, parce que leur droit serait hors de contestation, les frais de distribution ne seraient pas, à leur égard, frais de justice privilégiés.

126. *Frais extraordinaires de poursuite pour distribution.*

L'art. 716 du Code de procédure dit que les frais extraordinaires de poursuite seront payés par privilége sur le prix, lorsqu'il en aura été ainsi ordonné par jugement [11]. Cet article, quoique relatif à la procédure sur saisie immobilière, peut par argument s'appliquer aussi aux saisies-exécutions.

En matière de saisie de meubles, les frais extraordinaires de *poursuite pour distribution* sont ceux qui sont occasionnés par des incidents, comme par exemple : 1° les frais faits par le plus ancien des opposants pour comparaître en référé devant le commissaire, sur la demande formée par le propriétaire locateur d'être payé par privilége ; 2° la vacation en référés ; 3° la vacation du créancier qui a contesté la distribution, si la réclamation est accueillie ; 4° les frais faits par l'avoué plus ancien des opposants sur cette réclamation renvoyée à l'audience par le commissaire ; 5° ceux du jugement ; 6° ceux faits sur l'appel, s'il en a été interjeté ; en un mot tous ceux qui sont faits pour l'intérêt commun par cet avoué chargé de le défendre [12].

Pourquoi cette différence entre les frais ordinaires, à qui le privilége appartient de droit, et les frais extraordinaires, à qui il n'appartient que si le jugement l'ordonne

---

[1] T. 2, p. 187.
[2] *Rég. hyp.*, art. 2102.
[3] T. 3, p. 269, notes. — Paris, 27 nov. 1814 ; rejet, 20 août 1821 ; Lyon, 14 déc. 1825, et 1er avril 1841.
[4] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 88, n° 11. Grenier, t. 2, n° 300.
[5] 25 nov. 1814. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 82.
[6] 14 sept. 1825, 38.
[7] Ils sont au moins très-mal motivés. *Supra*, n° 76.
[8] Denizart, Loyers. Il blâme à tort les arrêts du parlement.
[9] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 80, n° 11.
[10] *Minima diversitas facti magnam diversitatem juris obtinet.*

[11] En matière de saisie immobilière, les frais exposés pour les surenchères ne doivent pas être considérés comme frais extraordinaires payables par privilége sur le prix de l'adjudication.

On n'est pas recevable à demander, en cour d'appel, que les frais extraordinaires de poursuite soient payés par privilége sur le prix, lorsque cette demande n'a pas été formée en première instance. (Toulouse, 17 fév. 1841.)

[12] Pigeau, t. 2, liv. 2, part. 5, tit. 4, ch. 1er, sect. 2, § 5, n° 1. — Le privilége n'est accordé qu'autant que les frais ont été faits dans l'intérêt général. (Bordeaux, 20 août 1836.)

ainsi? Pigeau en donne une explication très-satisfaisante. Pour les frais ordinaires, le juge-commissaire aperçoit facilement par lui-même si les actes qu'on qualifie tels, et pour lesquels on demande privilége, sont ceux que prescrit la loi; s'ils sont tels, il peut, en connaissance de cause, les passer par privilége; au lieu que pour les frais extraordinaires, il n'y a que le tribunal qui puisse, en statuant sur l'incident qui a occasionné ces frais, apprécier la conduite de l'avoué qui les a faits, décider s'il a répondu à la juste confiance des créanciers, ou s'il en a abusé par des actes frustratoires.

127. *Frais de radiation et de poursuite d'ordre.*

L'art. 759 du Code de procédure porte que le juge-commissaire en faisant la clôture de l'ordre doit liquider les frais de radiation et de poursuite d'ordre, qui seront, dit-il, colloqués par préférence à tous autres créanciers.

Les frais qui concernent la poursuite de l'ordre sont nécessaires dans l'intérêt de tous ceux qui concourent à la collocation et qui réclament un rang utile. Il est donc juste que ces frais soient prélevés.

Il en est de même des frais de radiation. La radiation des inscriptions hypothécaires est la conséquence de l'ordre à la suite duquel les créanciers sont payés. Cela se conçoit aisément. L'adjudicataire qui paye les créanciers doit faire radier les inscriptions; mais il n'est pas juste que les frais de radiation soient à sa charge. Car, en payant le prix, il doit recevoir l'immeuble franc de toute hypothèque; il doit donc être remboursé et même par privilége. Il est clair que le payement de ces frais de radiation est une avance profitable à tous les créanciers, par la raison que, si les inscriptions n'étaient pas radiées on trouverait plus difficilement des acquéreurs. Au surplus pour la liquidation de ces frais de radiation on procède de la manière suivante. Le commissaire alloue les frais de radiation dans chacun des bordereaux qu'il délivre aux créanciers colloqués; mais ces derniers ne touchent pas ces sommes; ils les laissent à l'adjudicataire en faveur duquel la distraction est faite par le bordereau [1].

128. *Frais pour contester une mauvaise collocation.*

On lit dans l'art. 768 du Code de procédure : « Les frais de l'avoué qui aura représenté les créanciers contestants seront colloqués par préférence à toutes autres créances sur ce qui restera de deniers à distribuer, déduction faite de ceux qui auront été employés à acquitter les créances antérieures à celles contestées. »

Cet article placé sous la rubrique de l'ordre offre un exemple frappant du principe qu'il n'y a de frais de justice privilégiés que ceux qui ont profité à une classe de créanciers.

Lorsque l'on conteste une collocation; il s'élève un conflit entre celui dont la collocation est attaquée et les créanciers postérieurs qui demandent la réformation de cette collocation. Mais les créanciers antérieurs dans l'ordre à ce placement restent totalement étrangers au débat, puisque leur rang ne fait l'objet d'aucune difficulté. De là suit la conséquence, que ces créanciers ne retirent aucun avantage des frais de la contestation, et que ces frais ne peuvent prétendre à aucun privilége à leur égard.

Mais d'un autre côté on aperçoit la justice du privilége donné aux frais de l'avoué des créanciers contestants. Ces frais ont servi à faire réformer une collocation mal faite. Ils ont profité à tous ceux qui ont contesté, et qui avaient intérêt à en obtenir une autre [2].

Tarrible est d'avis que les frais de contestation sont des frais nécessaires, et que l'avoué doit, dans tous les cas, être colloqué par préférence, soit que ses poursuites aient réussi ou non [3]. Mais je ne crois pas qu'on puisse adopter cette opinion, qui du reste est repoussée par la majorité des auteurs, et que Carré a abandonnée dans ses *Lois sur la procédure* après l'avoir adoptée dans son *Analyse raisonnée* (n° 2393).

Berriat Saint-Prix (n° 35) fait remarquer avec raison que le débiteur dont on distribue les deniers ne doit pas supporter les dépens que des créanciers ont occasionnés par une prétention mal fondée à une collocation plus avantageuse que celle que leur avait donnée le juge-commissaire. C'est aussi le sentiment de Pigeau [4], et il est corroboré

[1] Art. 759, Code de proc. Pigeau, t. 2, *ubi supra*, sect. 3, § 1, n° 12, § 7, n° 1. *Infra*, n° 745.
[2] Pigeau, t. 2, p. 310 et suiv.
[3] Merlin, *Répert.*, v° *Saisie immob.*
[4] Pigeau, t. 2, p. 310 et suiv.

par l'art. 766 du Code de proc. portant qu'on ne pourra répéter les dépens quand on succombera.

§. L'art. 769 du Code de proc. dispose que l'arrêt qui autorisera l'emploi des frais, prononcera la subrogation au profit du créancier sur lequel les fonds manqueront, ou de la partie saisie.

On conçoit le but de cet article. Lorsque l'avoué a triomphé dans la collocation, le créancier dont le droit a succombé est condamné aux dépens. Mais l'avoué aimera toujours mieux choisir la voie de se faire colloquer par préférence sur le prix pour les frais dont il a fait l'avance. Ces frais diminueront d'autant la masse des fonds qui sont le gage des créanciers qui ont avec raison contesté la collocation mal faite. Dans ce cas la justice veut que, si ces fonds viennent à manquer sur l'un des créanciers, celui-ci soit subrogé aux droits de l'avoué pour se faire payer le montant des frais du procès par celui qui l'a perdu. Que si tous les créanciers sont payés, le saisi, qui ne doit pas être victime d'incidents capricieusement élevés, sera subrogé aux droits de l'avoué, et se fera payer par le créancier dont la collocation a été réformée, soit sur les fonds que ce créancier retire de l'ordre, soit sur ses autres biens.

§. C'est une question que de savoir si l'huissier jouit du même privilége que l'avoué des contestants, et si comme lui il peut réclamer sur le prix à distribuer le montant de son dû; la cour royale de Colmar s'est prononcée pour la négative par deux arrêts, l'un du 12 fructidor an 8, l'autre du 8 février 1806, par le motif qu'étant simplement mandataire de celui qui l'emploie, il n'est créancier que de celui-ci et nullement du débiteur saisi. Or il n'y a pas de loi qui donne de privilége à l'huissier qui a exploité pour les contestants. On ne doit donc pas lui en donner par analogie, surtout sur le prix d'une chose appartenant à quelqu'un qui n'est pas son débiteur.

Ces arrêts me paraissent bien rendus.

Je pense toutefois que si cet huissier [...] été payé par l'avoué des contestants, celui-[...] doit compter *parmi ses frais* les somm[...] qu'il a avancées à cet égard, et s'en fai[...] rembourser par privilége. Cette opinion [...] celle de Carré [1]. Elle concilie avec [...] cour de Colmar la doctrine de Berriat Sai[...] Prix, qui estime que les frais faits p[...] l'huissier dans l'intérêt des contestants so[...] privilégiés [2].

129. *Frais de l'administration d'une fa[...]lite.*

Ces frais sont privilégiés d'après l'artic[...] 558 du Code de commerce, qui les con[...]dère comme une déduction nécessaire q[...] produit une diminution d'autant sur l'act[...]

Tous les créanciers de la faillite sont i[...]téressés en effet à ce qu'une administrati[...] vigilante conserve autant que possible l[...] gages qui répondent de leurs créances. C[...] frais d'administration de la faillite sont ce[...] d'apposition de scellés, d'inventaire, l'i[...]demnité à donner aux agents [3], les débou[...]sés pour procès [4], etc.

Par application du principe général q[...] *si parmi les créanciers il s'en trouvait quelqu[...] uns qui ne profitassent pas de ces frais on [...] pourrait les leur opposer*, la cour de Lyon [...] jugé, par arrêt du 27 mars 1821, que [...] locateur devait l'emporter sur les fr[...] *d'agence et de syndicat* [5]. La cour de cass[...]tion a aussi décidé, par arrêt du 20 ao[...] 1821 [6], que le privilége du locateur éta[...] supérieur aux frais des *actes et procès-ve[...]baux* [7] dressés pour l'organisation de [...] faillite. Elle s'est fondée en partie sur l'a[...]ticle 533 du Code de commerce, qui su[...]pose que les créanciers privilégiés sont dé[...] payés lorsque s'opère la distraction des fr[...] d'administration dont parle l'art. 558.

On pourrait peut-être élever des obje[...]tions contre ces arrêts. Le locateur, bie[...] que privilégié, ne peut être payé qu'apr[...] l'organisation de la faillite; il faut arriv[...] jusqu'aux syndics définitifs pour qu'il rent[...] dans son dû [8]. Dès lors, comment les frais de justice tendant à constituer l'administra-

---

[1] *Lois de la procéd.*, art. 768.

[2] Les honoraires des avocats ne sont pas des frais de justice dans le sens de l'art. 2101, Code civ.; l'avoué qui les a payés ne peut donc réclamer pour leur remboursement le privilége établi par cet article. (Trib. de la Seine, 28 fév. 1843. Sirey, t. 11, p. 201.)

[3] Pardessus, t. 2, p. 254, n° 1190 et suiv.

[4] Idem, p. 344.

Les syndics d'une faillite n'ont pas privilége sur le prix des immeubles du failli pour leurs frais de gestion et administration. (Paris, 27 avril 1836.) Selon Colmar, 4 juillet 1831, ils ont un privilége général qui s'exerce avant toute autre créance.

[5] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 83, note 1.

[6] Idem, p. 82 et 83.

[7] La désignation de ces actes résulte du moins de ce que Dalloz fait dire au demandeur en cassation dont le pourvoi fut rejeté.

[8] Art. 533 du Code de commerce. Dalloz, v° *Faillite*, p. 208, n° 9. Pardessus, t. 2, p. 257, n° 2199.

tion de cette faillite, seraient-ils chose étrangère aux créanciers privilégiés ? C'est en vue de ceci que Pardessus, en s'occupant de la distribution du prix provenant de la vente des meubles du failli et des recouvrements mobiliers, enseigne que l'on doit d'abord prélever les frais occasionnés par le recouvrement des deniers à distribuer, les frais de vente, les secours à distribuer au failli, les dépenses d'administration, tels que frais généraux de conseil, plaidoiries, voyages, etc., et que ce n'est qu'ensuite que l'on doit procéder au payement des créanciers privilégiés dont les droits ont été reconnus à la vérification [1]. L'on sait en effet que les créances doivent être vérifiées par les syndics provisoires afin d'être admises au passif de la faillite [2]. Il faut que chaque titre soit discuté quant à son origine, quant à sa quotité, afin que la masse n'éprouve pas de surprise. Il semble donc que les créanciers privilégiés doivent supporter leur part des frais que nécessite l'administration de la faillite, puisqu'ils ne peuvent être payés en général que par le moyen de cette administration.

On objectera peut-être, avec un arrêt de la cour de Paris du 18 juillet 1828, que le propriétaire locateur est nanti d'un gage spécial, qu'à ce titre il sort de la classe des autres créanciers, et qu'étant hors de la faillite, il est dispensé de la vérification.

Cette raison me paraît difficile à admettre. L'art. 502 du Code de commerce est d'une grande généralité. Au milieu du désastre de la faillite, lorsqu'on redoute les intelligences frauduleuses du failli avec quelques créanciers qu'il veut favoriser, il n'y a pas de créance qui puisse être dispensée d'une discussion contradictoire avec toutes les parties intéressées.

130. Je ne pousserai pas plus loin l'énumération des frais de justice [3]. Il me semble inutile d'insister sur les frais de curateur à succession vacante [4], de nomination de curateur à un présumé absent, et autres que les créanciers sont obligés de faire pour se procurer des contradicteurs légitimes.

D'après tout ce qui a été dit, l'on voit que l'on doit bien se garder de considérer comme frais de justice les dépenses exposées en justice pour faire condamner un débiteur à remplir des engagements encore contestés. Ces sortes de frais s'appellent *dépens*, et l'on n'a pas de privilége pour les recouvrer sur la partie qui a succombé [5].

Les véritables *frais de justice* sont ceux qui ont pour objet la liquidation du gage commun, ou sa conservation, en un mot ceux qui tournent au profit des créanciers [6].

131. J'ai fait connaître (nos 33 et 59) la cause du privilége accordé par la loi aux frais de justice. Il est fondé sur une nécessité à laquelle il est de l'intérêt de tous les créanciers de satisfaire. Si ces frais n'avaient pas été payés par celui qui en a fait l'avance, les créanciers auraient dû les faire eux-mêmes pour jouir du bénéfice de leurs droits, lesquels ne peuvent se réaliser qu'au moyen de certaines poursuites judiciaires, ou de certaines mesures conservatoires qui entraînent dans des dépens.

Le privilége des frais de justice est *général;* il s'étend sur tous les meubles et subsidiairement sur les immeubles (Code civ. 2101 et 2104).

Mais ceci demande explication.

Le privilége de frais de justice prenant sa source dans la *gestion d'affaires*, au profit des créanciers, doit nécessairement varier en étendue, suivant qu'il a conservé ou liquidé une masse de biens plus ou moins considérable. Il n'est pas général dans un *sens absolu*, comme les priviléges dont nous verrons le détail dans les numéros suivants. Il n'est général qu'autant qu'il a protégé la généralité des meubles et des immeubles composant le patrimoine du débiteur. S'il n'a

[1] T. 2, p. 296, no 1260 et suiv.

[2] Art. 501 et 513 du Code de comm.

[3] On doit encore ranger dans cette classe les frais faits pour interrompre une prescription qui serait sur le point de s'acquérir contre tous les créanciers, ou pour écarter une demande en revendication du gage commun formée par un tiers. (Persil, sur l'art. 2100, t. 1, p. 52.)

[4] Lorsqu'un salaire est dû au curateur nommé par justice à une succession vacante, cette créance rentre dans la classe des frais de justice; à ce titre elle est privilégiée sur la généralité des meubles et des immeubles. (Brux., 25 mai 1830, et rejet, 23 juin 1834; Persil, *Rég. hyp.*, t. 1, p. 23.)

[5] Merlin, *Répert.*, vo *Frais de justice*.

[6] Les frais, faux frais et honoraires des liquidateurs d'une société, même nommés par justice, ne doivent pas être considérés comme frais de justice dans le sens de l'art. 2101, Code civil, et le payement n'en peut être ordonné sur le prix des immeubles par privilége et préférence aux créanciers hypothécaires de la société. Code civil, 2101, 2104. (Paris, 20 juin 1842.)

Jugé que l'art. 2101, Code civil, laisse au juge la faculté de définir les frais de justice qui profitent aux créanciers, et qui dès lors doivent être privilégiés. (Aix, 12 janvier 1838)

protégé qu'une fraction de ce patrimoine, il ne s'étend qu'à cette fraction. En un mot, le privilége des frais de justice est doué d'une sorte d'élasticité qui fait que, suivant les cas, il se restreint ou se développe, se spécialise ou prend un caractère général.

Par exemple, lorsqu'on appose les scellés sur une succession, et qu'on fait inventaire des biens qui la composent, les frais de justice pour scellés et pour inventaire ont un privilége qui s'étend sur les meubles et les immeubles. En effet, les frais de scellés ont servi à empêcher le divertissement des objets mobiliers et des titres de propriété qui assurent la possession des immeubles. Les frais d'inventaire ont constaté les forces de la succession et certifié l'existence des titres; ils ont empêché qu'on ne profitât de la lacune opérée par le décès pour se livrer à des dilapidations ou à des usurpations. Ces frais doivent donc s'étendre sur les meubles et les immeubles. Il en est de même des frais de bénéfice d'inventaire avancés par les officiers de justice [1], et de ceux qui sont relatifs aux faillites [2]. La cour de Paris a même jugé, par arrêt du 28 janvier 1812 [3], que l'officier de justice qui avait *apposé, reconnu et levé les scellés*, à la suite d'une *faillite*, avait préférence sur les immeubles aux créanciers hypothécaires: et, quoique cette décision soit motivée faiblement, elle n'en est pas moins juridique; car ce serait à tort que les créanciers hypothécaires prétendraient que les frais de scellés sont étrangers à la conservation de leur hypothèque. En conservant les titres de la propriété, sur laquelle l'hypothèque est assise, ils ont fait l'affaire des créanciers.

Mais si les frais de justice n'ont procuré qu'un avantage *spécial*, leur privilége est spécial comme sa cause. Ainsi les frais de vente et de saisie d'un meuble n'ont de privilége que sur ce meuble; les frais de saisie et vente d'un immeuble n'ont de privilége que sur cet immeuble [4]. On ne conçoit pas comment le privilége pourrait s'étendre à d'autres meubles ou à d'autres immeubles; car les créanciers, ayant des droits à exercer sur ces derniers objets, prouveraient facilement qu'ils ne peuvent être troublés par quelqu'un qui n'a fait aucune avance de frais de justice dans leur intérêt.

§ II. *Des frais funéraires.*

132. Les frais funéraires jouissent du second rang parmi les priviléges généraux. Ils ne sont précédés que par les frais de justice; la nécessité le voulait ainsi. Car, si celui qui a avancé les frais de sépulture veut être payé sur les meubles du défunt, il est obligé de faire les frais de justice pour les faire vendre.

Le privilége des frais funéraires a été accordé *intuitu pietatis*, comme dit Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 50. Les Romains, peuple religieux pour les morts, l'avaient consacré par des textes de loi devenus fameux et toujours cités en cette matière. « Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, *ex invectis illatis eum funerandum* Pomponius » scribit, et si quid superfluum remanserit, » hoc pro debita pensione tenere [5]. Impensa funeris semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet » præcedere, quum bona solvendo non » sint [6]. »

J'ai dit que le privilége des frais funéraires avait été accordé *intuitu pietatis*. Les ouvrages des philosophes et des historiens de l'antiquité sont remplis des maximes les plus touchantes sur le droit de sépulture, sur ce dernier hommage rendu à la mémoire d'un citoyen, que Tacite appelait *sortis humanæ commercium*. Les jurisconsultes romains, qui puisaient dans la philosophie la plupart de leurs décisions, ont partagé ces sentiments que la nature a gravés dans le cœur de l'homme [7]. En effet, puisque l'homme l'emporte par la raison sur les animaux, il serait cruel qu'après sa mort il devînt leur triste pâture. Aussi Grotius a-t-il dit que les honneurs funèbres sont moins accordés à la personne qu'à l'humanité.

---

[1] Amiens, 24 avril 1822. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 31, note 1. Cass., 11 août 1824. Dalloz, *loc. cit.*
[2] Paris, 28 janvier 1812. Dalloz, *loc. cit.*
[3] *Loc. cit.*, Delvincourt, t. 8, p. 6 et suiv. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 30.
[4] Pigeau, t. 2, p. 248. Delvincourt, *loc. cit.*
[5] L. 14, § 1, C. *de relig. et sumpt. funer. Pand.*, t. 1, p. 341, n° 33.
[6] L. 45, Dig. *de relig.*
[7] L. 14, § 7, Dig. *de relig.* L. *quidam in suo*, Dig. *de condit. inst.*

Hinc est quod officium sepeliendi, non tam homini, id est personæ, quam humanitati, id est naturæ humanæ præstari dicitur, unde publicam hanc humanitatem dixerunt Seneca et Quintilianus [1]. »

Indépendamment de toutes ces raisons d'humanité, il y a encore une raison de police qui fait que l'on a cru devoir accorder aux frais de sépulture un privilége éminent. Car la salubrité publique est intéressée à ce que les cadavres ne demeurent pas sans inhumation. « Hoc edictum justa ex causa propositum est, ut qui funeravit persequatur id quod impendit; *sic enim fieri ne insepulta corpora jacerent* [2]. » C'est pour cela que Balde, Paul de Castro et Salicet [3], et après eux Decius [4], ont remarqué que « non minus interest reipublicæ homines viventes conservari quam mortuos sepeliri. »

133. Malgré les dispositions précises des lois romaines, qui accordent un privilége aux frais funéraires, et qui disent même qu'ils doivent être déduits de l'hérédité, il s'est cependant rencontré un grand nombre d'auteurs anciens qui ont enseigné que le créancier ayant une hypothèque expresse devait être préféré au créancier des frais funéraires [5], et la supériorité de ce privilége si favorable a eu de la peine à s'établir.

Les auteurs dont j'ai parlé se fondent sur la règle *prior tempore potior jure*, et sur ce que l'hypothèque devait, d'après les principes du droit romain exposés ci-dessus (n° 19), précéder toutes les créances personnelles, les plus favorables, les plus privilégiées. Ils repoussaient l'application de la loi 45 suivant laquelle les frais funéraires doivent tout précéder, en disant que cette loi ne parle que des créances personnelles et non des hypothécaires.

Mais cette opinion, vraiment insoutenable quoique assez généralement adoptée, était combattue par *Rippa* [6], par *Surdus* (déc. 112), et notamment par *Fachinée* [7].

En effet, la loi 45, en disant que les frais funéraires doivent précéder *omne creditum*, comprenait dans des expressions aussi générales les créances hypothécaires. On ne peut en douter si on rapproche ce passage de celui où il est dit que les frais funéraires doivent être déduits de l'hérédité. Qui dit déduction, dit une chose qu'on ne doit pas compter dans l'actif du défunt. C'est pourquoi on voit par la loi 14, § 1, Dig. *de relig.*, ci-dessus citée, que les frais funéraires étaient préférés au droit du locateur, lequel cependant, d'après la jurisprudence romaine, avait une hypothèque tacite sur les meubles conduits dans sa maison.

Il faut convenir néanmoins que cette préférence donnée, par le droit romain, aux frais de sépulture, même sur les créanciers hypothécaires, était une exception dont il n'y a pas d'autre exemple dans le corps du droit. Mais elle n'a rien qui doive étonner. « Merito est (dit Fachinée, loc. cit.), qui » opus pium præstitit, præmium quodam» modo suæ pietatis agnoscat. »

134. Les vieux monuments de notre jurisprudence prouvent qu'en France les lois romaines sur la préférence des frais funéraires furent reçues avec plus de docilité. Loyseau, qui écrivait à une époque où l'on suivait encore les principes du droit romain sur les priviléges, assimile les frais de sépulture à une créance accompagnée d'hypothèque privilégiée [8]. Plus tard, et lorsque les priviléges acquirent dans notre jurisprudence une supériorité non contestée sur les hypothèques, celle des frais funéraires, sur tous les autres priviléges, fut moins douteuse que jamais. Elle est enseignée par Basnage [9], par Pothier [10], Delacombe [11], Bourjon [12], et une foule d'autres jurisconsultes rappelés ci-dessus, n° 76.

Néanmoins, Basnage parle d'un arrêt du parlement de Paris, qui adjugea la préférence au locateur, au préjudice d'un marchand qui avait fourni les habits de deuil et frais des obsèques. Mais il est douteux que dans cette espèce il s'agît véritablement de ce qu'on doit appeler frais funéraires. Au reste cette décision est critiquée avec raison par Basnage, en tant qu'elle aurait adjugé

---

[1] *De jure pacis et belli*, l. 2, cap. 19, n° 2.
[2] L. 12, § 3, Dig. *de relig.*
[3] Sur la loi dernière au C. *de neg. gest.*
[4] Conseil 691, n° 9.
[5] Glose sur la loi 45, Dig. *de relig.* Neguzantius, *de pign.*, in 2 memb. 5 part., n° 133.
[6] De Peste, *Tr. de remed. præservativis*, n° 153.
[7] *Controv.*, lib. 12, c. 49. *Voy.* aussi Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 573, n° 12.
[8] *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 23.
[9] *Hyp.*, chap. 9.
[10] Pothier, *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105, et *Orléans*, int., tit. 20, § 9, n° 117, t. 7, p. 498.
[11] V° *Frais funéraires.*
[12] *Droit commun*, t. 2, p. 687, n° 64.

la préférence sur les frais funéraires. Mais, quoi qu'il en soit de cet arrêt, on voit par cet historique de notre droit français, si la cour royale de Paris a été bien fondée à dire, dans un arrêt du 27 novembre 1814 [1], *qu'on n'a jamais prétendu que les frais funéraires fussent préférés au privilége spécial du locateur !*

135. Il faut maintenant expliquer quelles sont les sommes qu'on peut proprement appeler frais funéraires, et qui jouissent du privilége. Car il ne faut pas croire que tout ce qui est dépensé pour l'inhumation soit privilégié.

Les lois romaines offrent à cet égard des documents précieux.

Indépendamment de l'obligation imposée par la loi des Douze Tables, d'éviter un luxe dispendieux dans les funérailles [2], les jurisconsultes s'étaient appliqués à faire connaître par des décisions spéciales ce qui devait entrer dans les dépenses des funérailles, et donner lieu à l'*action funéraire* dont il est parlé au titre du Dig. *de relig. et impensis funer.*

Par la loi 12, § 5, il est dit que les frais funéraires doivent être arbitrés selon les facultés et la dignité du défunt. « Sumptus » funeris arbitrantur pro facultatibus vel » dignitate defuncti. »

La loi 14, § 6, dit que l'action funéraire ne doit être accordée que pour les *impenses*, c'est-à-dire les dépenses nécessaires, et non pas pour les dépenses de luxe appelées *sumptus*.

Cette même loi 14 explique dans plusieurs de ses paragraphes quelles sont les *impenses* qui doivent être allouées.

Ce sont d'abord les sommes dépensées pour le transport du corps, *in elationem mortui*, et pour disposer le lieu de l'inhumation à recevoir le cadavre. « *Si quid in locum* » *fuerit erogatum* in quem mortuus inferetur, » funeris causa videri impensum Labeo scri- » bit, quia necessario locus paratur in quo » corpus conditur [3]. »

Ce sont aussi les frais du sarcophage [4], et les dépenses faites pour la garde du corps avant sa conduite au lieu de la sépulture [5], et pour le revêtir de la robe mortuaire que les anciens avaient coutume de mettre sur le défunt [6].

Du reste, tout ce qui est luxe, ornements et monuments n'est pas alloué à titre de frais funéraires [7].

En France, il a toujours été d'usage de ne comprendre dans les frais funéraires proprement dits que ce qui était indispensable pour la sépulture.

Un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 4 août 1692, fixait ces frais à une somme de 20 livres; mais il n'était pas suivi d'après Pothier, qui enseigne qu'on s'en rapportait au juge pour arbitrer les frais eu égard à la qualité du défunt [8].

Pothier cite, dans son *Traité sur la procédure*, un autre acte de notoriété du Châtelet du 24 mai 1694, portant que le privilége des frais funéraires était restreint *par l'usage* au port du corps et à l'ouverture de la fosse; c'est là ce qu'on appelait frais funéraires *du premier ordre;* que le surplus des frais funéraires, qu'on qualifiait *de second ordre*, ne se payait que par contribution avec les créanciers privilégiés, et par privilége à l'égard des autres créanciers non privilégiés [9].

Je pense que cet usage ne pourrait être suivi aujourd'hui, et qu'il serait difficile de scinder les frais funéraires en deux portions jouissant de priviléges différents. La loi ne leur assigne qu'un privilége unique, qu'un seul et même rang.

J'ai peine à croire d'ailleurs qu'on n'allouât pas les frais du sarcophage, de garde du cadavre, et du service religieux qui accompagne l'inhumation, pourvu toutefois que ces dépenses fussent modestes et proportionnées à la qualité et à la fortune de la personne [10]. Les lois romaines me paraissent un guide plus sûr et plus raisonnable que les actes de notoriété dont parle Pothier.

---

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 91, *supra*, n° 76.
[2] Cicer., *de legib.*, lib. 2.
[3] L. 14, §§ 3 et 4, *de relig.*
[4] L. 37, Dig. *idem.*
[5] L. 37 et 14, § 4, *idem.*
[6] L. 14, § 7, *idem.*
[7] L. 14, § 5, et 37, § 1, *idem.*
[8] *Orléans*, introd., tit. 20, § 9, n° 117, t. 7, p. 498.
[9] Pothier, *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105.
[10] Les frais funéraires pour lesquels la loi accorde privilége sont restreints aux frais des funérailles; mais ils s'étendent à tout ce qui en est une suite immédiate et nécessaire. Ainsi, on ne peut ranger dans cette catégorie les frais occasionnés par les prières et services funèbres dits *la neuvaine* et *de bout de l'an*. Mais on doit y comprendre les habits de deuil de la veuve. (Agen, 28 août 1834. Sirey, t. 35, 2e part., p. 426. *Sic* (sur le premier point), Merlin, *Répert.*, v° *Frais funéraires;* Rolland de Villargues, *cod.*, n° 3.)

136. C'est une question que de savoir si les habits de deuil de la veuve et des domestiques doivent compter parmi les frais funéraires.

Il faut convenir qu'il y avait de l'incertitude à cet égard dans la jurisprudence française. Pothier, dans son *Traité de la communauté*, n° 678, pense d'après Lebrun, Renusson et autres, que les frais de deuil sont privilégiés comme les frais funéraires dont ils font partie. La jurisprudence du parlement de Paris et celle du parlement de Toulouse [1] les considéraient sous le même point de vue [2]. Au contraire, la jurisprudence du parlement de Bordeaux, attestée par plusieurs arrêts, ne les mettait pas dans la classe des frais funéraires [3]. Basnage [4] partage ce dernier sentiment. Il me paraît le seul véritable, autrefois, comme sous le Code civil. On ne doit entendre par frais funéraires, ainsi que le disent les lois romaines rappelées ci-dessus, que ce qui est dépense *propter funus*, que ce qui est *impense* pour *sépulture*. Telle est l'opinion de Merlin [5], et celle de Grenier [6]. A la vérité, Tarrible [7], Persil [8] et Dalloz [9], émettent un avis opposé. Mais il ne paraît pas devoir être suivi.

136 *bis*. On a demandé si celui qui a payé les frais funéraires avec intention de faire un prêt au débiteur direct de ces dépenses, peut réclamer son remboursement par privilége, bien qu'il n'ait pas stipulé de subrogation.

Quoi qu'en dise Persil [10], l'affirmative n'est pas douteuse. Le privilége est accordé à la créance et non à la personne, et d'ailleurs l'art. 593 du Code de procédure civile, qui a probablement échappé à la sagacité de cet auteur, fournit un argument décisif en faveur du prêteur, puisqu'il établit une subrogation de droit pour celui qui a prêté des deniers pour acheter des aliments. La subrogation n'est-elle pas aussi de droit pour la cause des frais funéraires plus favorable encore [11] ?

§ III. *Des frais de dernière maladie.*

137. Les frais de dernière maladie sont ceux qui sont dus « aux médecins, pharmaciens, chirurgiens, gardes, pour leurs » soins et fournitures pendant la *maladie* » *dont le défunt est mort* [12]. »

Ces dernières expressions sont remarquables. Elles montrent quelle est l'étendue de ce privilége. On ne pourrait le faire remonter à des frais dus pour une maladie antérieure, quand même, dit Brodeau [13], copié à cet égard par Basnage [14], *il y aurait des parties arrêtées, ou des cédules ou obligations*. C'est ce qui a été jugé par différents arrêts du parlement de Paris, et notamment par un arrêt du 30 mars 1638. Cette jurisprudence est conforme à l'opinion de *Bacque* [15], de *Maynard* [16], de *Papon* [17], de *Mornac* [18].

Brodeau donne ainsi la raison de cette différence. « C'est qu'à l'égard des maladies » guéries, l'apothicaire faisant crédit au dé» biteur suit sa foi, rentre dans le droit » commun, et renonce tacitement à son pri» vilége. Au lieu que la personne qui a » reçu l'assistance, n'étant plus au monde, » pour avoir soin d'une dette si charitable » et si favorable, la loi y emploie son office » et donne un privilége. »

Je crois qu'on peut ajouter que la dernière maladie étant la plus grave, et le malade étant aux prises avec la mort, l'humanité s'oppose à ce qu'on vienne ajouter à ses angoisses par des réclamations pécu-

---

[1] Catellan, *Arrêts*.

[2] La plupart des auteurs sont d'avis que le deuil de la femme fait partie des frais funéraires. (Agen, 28 août 1834; Caen, 15 juillet 1836. *Sic*, Duranton, t. 19, n° 48; Proudhon, de l'*Usufruit*, n° 212; Tarrible, *Répert.* de Merlin, v° *Privil.*, sect. 3, § 1, n° 3; Favard, *Répert.*, v° *Privil.*; Persil, *Quest.*, t. 1, liv. 1, ch. 2, § 2, p. 23; voy. aussi Toullier, t. 13, n° 269.—*Contra*, Grenier, t. 2, n° 301; Merlin, *Répert.*, v° *Deuil*; Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Frais funéraires*, n° 4; Bellot des Minières, *Contrat de mariage*, t. 1, n° 302; Zachariæ, t. 2, § 260, note 8; Battur, *Hyp.*, t. 1, n° 302.)

[3] La Peyrère, lettre F, n° 63, et l. P, n° 108. Salviat, *Jur. du parl. de Bordeaux*.

[4] Chap. 9.

[5] Merlin, *Répert.*, v° *Deuil*.

[6] Grenier, t. n° 301.

[7] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*.

[8] Persil, *Quest.*, p. 8, *loc. cit.*

[9] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 21, n° 5.

[10] Art. 2101, § 2, n° 3.

[11] Delvinc., t. 8, p. 8, n° 2. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 22.

[12] Pothier, *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105. Delvincourt *loc. cit.*

[13] Sur Louet, lettre C, sect. 29, n° 4.

[14] Basnage, *Hyp.*, chap. 9.

[15] *Droit de justice*, chap. 21, n° 274.

[16] T. 1, liv. 2, chap. 47 et 48.

[17] *Arrêts*, liv. 16, t. 61.

[18] Sur la loi 45, *de relig. et sumpt. funer.*

niaires ; mais que, pour indemniser les pharmaciens, médecins et autres, de ce silence pieux, la loi a trouvé juste de rendre leurs créances privilégiées ; qu'au contraire lorsque la maladie n'est pas mortelle, et lorsque le moment de la convalescence approche ou est arrivé, rien ne s'oppose à ce que ceux qui ont donné assistance au malade exigent avec promptitude ce qui leur est dû.

Grenier enseigne qu'il y a un seul cas où l'on peut exiger les frais de maladie du *vivant du débiteur*, c'est lorsqu'il est tombé en *faillite* ou en *déconfiture* [1].

Supposez que le débiteur soit atteint d'une maladie chronique, sa faillite est déclarée. Il serait sans doute rigoureux de refuser à ceux qui l'ont assisté le prix de leurs soins.

Mais je n'admets cette exception à la règle générale qu'autant que la maladie durerait encore dans toute sa gravité au moment de la faillite. Car si le malade est été guéri à cette époque, ou en convalescence, on devrait imputer aux créanciers pour frais d'assistance de ne s'être pas fait payer.

138. Le privilége pour frais de dernière maladie a beaucoup d'analogie avec celui des frais funéraires. Car, comme ce dernier, il est fondé sur une raison d'humanité. La loi 4 C. *de petit. hæreda* semble les mettre l'un et l'autre sur la même ligne. « I
» restituenda hæreditate, compensatio ej
» habebitur quod te *in mortui infirmitate*
» inque sumptum funeris, bona ex fide, d
» proprio tuo patrimonio erogare pro
» veris. »

Cependant les interprètes du droit romain pensaient que les frais funéraires avaient la préférence. *Balde* et *Paul de Castro* disent

---

[1] Grenier, *Hyp.*, t. 2, nº 302. — *Voy.* dans le même sens Duranton, nº 54. *Voy.* cependant Pardessus, nº 1194.

Grenier dit tout le contraire à l'endroit indiqué. Voici comme il s'énonce : « J'ai vu élever des difficultés sur ce qu'on doit entendre par les frais de la dernière maladie dont parle l'art. 2101. Ce sont les fournitures, honoraires et salaires dus aux médecins, chirurgiens, apothicaires et gardes-malades. Il serait possible que, pour cette créance privilégiée, on se présentât, lors même que le débiteur vivrait. Cela arriverait dans un cas de faillite ou de déconfiture. On pourrait demander, dans ce cas, les frais de dernière maladie, *s'il n'y avait pas de prescription*. Peu d'auteurs ont fait cette distinction. Ils disent en général, *les frais de la dernière maladie ;* voyez notamment d'Héricourt. Je pense que, d'après l'esprit de cet art. 2101, le privilége ne doit avoir lieu que pour les frais de la maladie dont le débiteur est décédé. On ne pourrait remonter plus haut, sans donner lieu à de grandes difficultés, et sans risquer d'ouvrir des fraudes au préjudice des créanciers. Mais ce qui confirme cette opinion, c'est ce que dit Basnage, *des Hyp.*, chap. 9. Il restreint le privilége aux médecins, chirurgiens et apothicaires qui ont traité le malade, *dans la maladie dont il est décédé*. Il dit encore, dans la suite, que ce privilége est toutefois restreint aux drogues et médicaments fournis pendant la dernière maladie, *et non pour les précédentes.* »

Quoi qu'il en soit, Troplong et Grenier peuvent avoir raison, sous l'influence des principes de l'ancienne jurisprudence, sur laquelle ils se fondent, car l'un invoque Pothier, et l'autre Basnage. Mais nous pensons que le texte de la loi du Code civil ne permet plus cette interprétation et qu'il n'est plus nécessaire que le malade soit mort pour que les frais de sa dernière maladie puissent être privilégiés. Ainsi en cas de faillite, le privilége aura lieu pour les frais de la dernière maladie dont a été atteint le failli, soit que la maladie dure encore ou qu'elle ait cessé, pourvu que le laps d'un an ne se soit pas écoulé, terme requis pour la prescription.

Ce serait d'abord une erreur de croire que, parce que les frais de la dernière maladie viennent, dans leur classement par ordre de rang pour l'exercice du privilége, après les frais funéraires, il en résulte la supposition nécessaire que la dernière maladie dont il y est question est la maladie qui conduit au décès ; car on pourrait en dire autant alors pour restreindre les priviléges subséquents des nºs 4 et 5 de l'art. 2101 au cas de décès du débiteur. Or, il n'en est pas ainsi et tous les interprètes en tombent d'accord. Il suffit que l'avoir d'un débiteur soit en liquidation par un motif quelconque, décès, faillite ou déconfiture, pour que tous et chacun des priviléges généraux puissent s'exercer.

Pothier dont Troplong cite l'autorité, disait que les frais privilégiés de dernière maladie devaient être occasionnés pendant *la maladie dont le défunt est mort*. D'accord, mais le Code civil ne le dit pas, et ce n'est pas le texte de Pothier qui fait la loi, non plus que celui de Basnage. On peut croire que si ces auteurs avaient eu l'occasion de commenter un texte aussi large et aussi formel que celui du Code civil, ils eussent été d'un autre avis. En effet, ce texte porte : *les frais quelconques de la dernière maladie, concurremment entre ceux à qui ils sont dus ;* sans plus. Il donne lieu à une remarque grammaticale fort notable et que Troplong et Grenier semblent avoir perdue de vue, c'est qu'il y a : *les frais de la dernière maladie*, et non pas *les frais de dernière maladie*, comme Troplong se plait à s'exprimer d'après Pothier. L'expression : *frais quelconques de dernière maladie*, offre un sens restreint qui ne s'entend que de la maladie qui a mis fin à l'existence ; l'expression *frais de la dernière maladie* signifie aussi la maladie dont un homme vivant a été atteint en dernier lieu.

Ajoutez à cela que ce n'est pas sans intention que les rédacteurs du Code n'ont pas reproduit ou conservé les mots de Pothier, *dont le défunt est mort*.

Il est d'usage que les médecins, dont la profession est libérale, ne réclament leur payement de leurs clients, qu'à chaque fin de l'an. Il y aurait même de l'inconvenance à ce qu'ils se fissent payer immédiatement, au moins dans les mœurs admises. Une faillite, une déconfiture survenant à l'improviste et dans l'intervalle de la maladie à cette époque périodique de leurs rentrées d'honoraires, suffirait donc pour les priver d'une dette sacrée que la loi a mise au nombre des dettes alimentaires, par le privilége qu'elle y a attaché. Ce serait restreindre, sans motifs, la faveur de la loi qui s'est exprimée dans des termes généraux. (*Note de l'éditeur belge.*)

sur la loi citée, « *Impensa facta in infirmum » præfertur cuicumque creditori, post tamen » funeris impensam.* »

Loyseau voulait au contraire que les frais de dernière maladie concourussent avec les frais funéraires, dans lesquels il les regarde comme compris [1]. Mais Pothier dit que dans l'usage les frais de dernière maladie ne passaient qu'après les frais funéraires [2]. C'est cette dernière opinion que le Code a adoptée avec raison.

139. Les frais de maladie ont toujours joui en France d'un privilége éminent : on trouve dans Louet et dans Brodeau [3] différents arrêts du parlement de Paris, dont les plus anciens sont des 19 avril 1580, et 8 février 1596, qui ont reconnu ce privilége, et lui ont même donné la préférence sur les créances pour aliments.

Cette prérogative est facile à expliquer. D'abord les remèdes fournis à un malade font partie des aliments. On connaît la règle : *appellatione alimentorum veniunt medicina* [4]. Ensuite combien est plus favorable celui qui donne à l'homme de quoi retrouver la santé, et qui le soulage lorsque la maladie l'empêche de se livrer aux travaux nécessaires pour soutenir sa vie ! Le créancier qui fournit des aliments à un homme bien portant a un juste espoir d'être payé par le travail de son débiteur. Celui qui fournit des médicaments et prodigue des soins à un homme frappé d'une maladie mortelle s'expose à ne recevoir aucune indemnité. Sa position mérite donc d'autant plus de faveur, qu'il fait des sacrifices plus étendus et plus désintéressés.

Ajoutez que les médecins engagent bien souvent leur santé et leur vie en visitant à toute heure les malades qui les appellent ; qu'ils ne peuvent pas, plus que les pharmaciens, venir accabler de demandes intéressées un malheureux, souffrant d'une maladie cruelle ; que la délicatesse et l'humanité les obligent en quelque sorte à faire crédit ; tandis qu'aucune raison semblable ne met dans la même nécessité les créanciers pour dépense de bouche. Aussi Ulpien a-t-il dit, dans la loi 1, § 2, D. *de variis et extraord. cognit.* : « *Medicorum causa..... justior est, » cum hi salutis hominum curam agunt* [5]. »

140. On a douté, dans l'ancienne jurisprudence, si le privilége des frais de dernière maladie devait s'étendre sur les immeubles. Mais l'affirmative a été décidée par un arrêt du parlement de Paris, du 28 février 1604. Depuis, la question s'étant représentée, elle fut agitée avec solennité, et la chambre des enquêtes, après avoir consulté les autres chambres du parlement, jugea, par un arrêt du 12 mars 1611 [6], que le privilége devait s'étendre sur les immeubles.

141. Tous ceux qui sont créanciers pour frais de dernière maladie concourent entre eux, ainsi que notre article le dit formellement, et cela doit être ainsi puisque, leur privilége procédant de la même cause, ils ne doivent prétendre qu'à un rang unique [7].

141 *bis*. Appliquez ici ce que nous avons dit *supra* (n° 136) du payement des frais de dernière maladie, qui aurait été fait par un tiers [8]. Il y a même raison de décider.

§ IV. *Des salaires des gens de service.*

142. Le privilége des gens de service n'existait pas généralement avant le Code civil. On ne l'accordait qu'à Paris, ainsi que nous l'apprend Pothier dans le passage suivant de son *Traité sur la procédure civile* : « Nous avons oublié de parler d'un privi» lége qu'on accorde à Paris aux domestiques » de ville pour une année de leurs gages. » (Voy. l'acte de notoriété du Châtelet de » Paris, du 4 août 1692.) Ce privilége est » très-favorable et paraîtrait devoir être » suivi ailleurs ; cependant je n'ai pas vu ce » privilége employé dans les ordres et dis» tributions [9]. »

---

[1] *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 23.
[2] Pothier, *Procéd. civ.*, t. 6, p. 105.
[3] Lettre C, n° 9.
[4] L. 45, Dig. *de usuf. et quemadm.* Brodeau sur Louet, l. C, somm. 29.
[5] Je ne sais si, pour justifier le privilége des frais de dernière maladie, il est nécessaire de dire (comme Brodeau, *loc. cit.*) *qu'il y a un grand rapport entre les rois et les médecins !*
[6] Brodeau, *loc. cit.* Basnage, *Hyp.*, chap. 9.
[7] *Supra*, n° 87, et art. 2097.
[8] Delvincourt, t. 8, p. 8, note 3.
[9] Arrêt de la cour de Paris du 14 thermidor an 11 (Sirey, t. 7, 2ᵉ part., p. 1136), qui montre aussi que sous la coutume de Paris le privilége des gens de service n'était fondé que sur l'usage. Loyseau, *Off.*, l. 3, chap. 8, n° 50, parle de ce privilége comme établi de son temps.

Ce vœu de Pothier a été réalisé, d'abord par la loi du 11 brumaire an 7, et ensuite par le Code civil. C'est une amélioration faite à l'ancienne législation, dans laquelle des jurisprudences diverses avaient introduit trop de disparates.

Mais il faut prendre garde que le Code civil a été plus loin que le Châtelet. Sous la jurisprudence de ce tribunal, il n'y avait de privilége que pour les *domestiques de ville*. Mais d'après notre article, le privilége paraît devoir s'étendre à tous domestiques quelconques, de ville et de campagne, *pourvu qu'ils soient à l'année*.

Je dis pourvu qu'ils soient à l'année, et cette condition est suffisamment indiquée par les termes employés par notre paragraphe.

Ainsi donc les journaliers, tels que moissonneurs, métiviers et autres gens de travail qui sont payés *à la journée,* et dont les salaires se prescrivent par six mois (2271 du Code civ.), ne pourraient se prévaloir du privilége général dont parle l'art. 2101. Ce qui prouve clairement que tel est l'esprit de notre article, c'est qu'on verra par l'article 2102, n° 1, que le législateur a cru devoir donner un privilége spécial sur les récoltes aux journaliers employés à ce travail; d'où il suit qu'il n'a pas été dans son intention de les faire participer au privilége de l'art. 2101. Telle est l'opinion de Grenier [1], Delvincourt [2], Persil [3] et Dalloz [4] : elle a été adoptée par arrêts de la cour de Paris, du 30 juillet 1828, et des 1er et 19 août 1834 [5]. Je dois dire néanmoins qu'elle est en opposition avec le sentiment de Tarrible [6], et avec deux arrêts : l'un de la cour de Metz, du 4 mai 1820 [7]; l'autre de la cour de Colmar, du 10 déc. 1822. Dans l'espèce de l'arrêt de la cour de Metz, il s'agissait d'un commis principal engagé *par mois*, et dont on supposait, sans que cela paraisse avoir été contesté, que le salaire se prescrivait par six mois aux termes de l'art. 2271 [8]. Il est certain qu'on ne doit pas étendre à une pareille créance le privilége de l'art. 2101, n° 4; car il n'est attribué qu'à l'engagement formé à l'année. Les priviléges sont de droit étroit : il y a du péril dans les analogies en pareille matière.

Mais d'un autre côté tous les gens de service *à l'année* doivent avoir privilége. La loi du 11 brumaire an 7 ne parlait que des *domestiques*. Notre article emploie une expression plus large ; il se sert des mots *gens de service,* ce qui s'étend à toute espèce de service salarié et résultant d'un contrat de louage annuel [9]. Je ne fais donc pas difficulté d'appliquer notre article, non-seulement aux domestiques et gens attachés à la personne, mais encore aux commis, secrétaires, agents [10], qui, moyennant un traitement *fixe à l'année,* font tourner la totalité de leur travail au profit de celui qui les paye [11].

La cour de Rouen avait pensé qu'un individu spécialement attaché à une maison de commerce pour transporter les marchandises à la brouette, et dont le compte se réglait tous les ans, était un serviteur à gages et devait être mis dans la classe des *gens de service* [12]. La cour de cassation en a jugé

[1] Grenier, t. 2, n° 303.

[2] Delvincourt, *loc. cit.*, note 1, n° 6.

[3] Persil, *Comm.* sur l'art. 2101.

[4] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 23, n° 9.

[5] Le commis d'un négociant ne peut demander à être rangé parmi les gens de service. (Brux., 30 août 1814; *Pasicrisie belge* à cette date.—*Contra*, Liége, 13 août 1835. Lyon, 1er fév. 1832.) Un autre arrêt de Lyon du 25 avril 1836 décide que le privilége existe pour les services dont la location est de moins d'une année. Dans ce dernier sens, *voy.* encore Delvincourt, t. 8, p. 9 et Rolland de Villargues, *Dict.*, v° *Privilége*, n° 385.

[6] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, sect. 1, § 1.

[7] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 20.

[8] Mais *voy.* sur cette prescription particulière mon *Commentaire de la prescription*, n° 958.

[9] Dans les mots *gens de service* n'est pas compris l'ouvrier qui travaille dans un atelier à tant par année, payable par mois. (Bourges, 14 fév. 1823. — *Contra*, 19 août 1834.)

[10] *Contra*, Montpellier, 12 juin 1829, et cass., 8 janvier 1839.

[11] A l'appui de ce sens donné au mot *gens de service*, *voy.* un arrêt de la cour de cassation du 30 décembre 1828, et un arrêt de la cour de Lyon du 1er février. 1831.

Le mandataire salarié qui reçoit de celui qui l'emploie un traitement annuel, ne peut prétendre pour ce traitement au privilége établi par l'art. 2101, n° 4, Code civ., en faveur des *gens de service*. (Rejet, 8 janv. 1839. Sirey, t. 39, 1re part., p. 487.)

Les commis voyageurs ne sont pas privilégiés pour le payement de leurs salaires. Persil, *Quest.*, t. 1, p. 25.

Un conducteur de travaux de maçonnerie et de charpente ne rentre pas dans la catégorie des *gens de service* dont parle l'art. 2101, § 4, Code civ. Il ne peut, en conséquence, réclamer, pour le payement de ses salaires, le privilége établi par cet article. (Paris, 29 mars 1837. Sirey, t. 37, 2e part., p. 225.)

Les professeurs attachés à une maison d'éducation n'ont pas privilége, pour le payement de leurs honoraires, sur le prix de la vente de l'établissement. (Toulouse, 7 déc. 1838. Sirey, t. 39, 2e part., p. 225.)

[12] Arrêt du 27 août 1825, Sirey, 1829, 1re part., p. 101.

autrement; et malgré sa répugnance connue à annuler les décisions des cours, elle a cassé l'arrêt de Rouen par arrêt du 10 février 1829. Au premier coup d'œil, on a de la peine à comprendre cette sévérité. Ces mots « *gens de service* » ont une grande étendue, et il semble qu'ils comprennent dans leur latitude celui qui se loue pour faire le *service* de tous les transports de la maison à laquelle il est attaché.

Mais, en réfléchissant sur le point de fait, cette décision est inattaquable. Ce brouettier n'était pas un homme à gages; il n'était payé qu'*en proportion des transports qu'il effectuait*. Son salaire n'était pas fixé à une somme déterminée et convenue à forfait pour un temps certain. C'était un ouvrier, ou un *entrepreneur à tant* le transport, mais non pas un homme de service *à gages* dans le sens de la loi. Il faut donc approuver la décision de la cour de cassation.

La cour de Paris s'y est conformée par un arrêt rapporté dans la *Gazette des tribunaux* du 18 octobre 1834, qui juge que des ouvriers verriers *à tant la pièce* ne sont pas privilégiés. J'ajoute au surplus que cet arrêt vient encore fortifier ce que je disais tout à l'heure des ouvriers qui ne sont pas à l'année; car malgré les efforts d'un de nos avocats les plus célèbres, Me Teste, il refusa le privilége aux ouvriers verriers à la journée et au mois. Cette jurisprudence ne peut tarder à rallier à elle tous les esprits [1].

143. Le privilége des gens de service ne s'étend qu'à ce qui est dû pour l'année échue, et à ce qui est dû pour l'année courante [2].

§ V. *Des fournitures de subsistances.*

144. Les aliments qui, sous de nombreux rapports, sont considérés par la loi d'un œil si favorable, ne pouvaient manquer de trouver place dans la série des priviléges. C'est pourquoi le § 5 de l'art. 2101 accorde un rang favorisé à ceux qui ont alimenté, par des fournitures de subsistances, *le débiteur et sa famille*.

Ce privilége est fondé sur l'humanité; il procède de la même cause que le privilége pour frais funéraires et frais de dernière maladie, etc.; mais comme il y a des degrés dans les préférences, on ne peut donner aux fournitures de subsistances qu'une place postérieure aux priviléges que je viens d'indiquer. J'ai cherché à en expliquer la raison, n° 139.

Ce privilége pour aliments avait lieu dans l'ancienne jurisprudence; Brodeau l'enseigne formellement dans ses remarques sur Louet [3]. Un arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1779 [4], a jugé qu'un maître de pension avait un privilége pour se faire payer de ses pensions ainsi que de ses avances. Les principaux motifs qui ont déterminé cet arrêt, dit Merlin, sont *la faveur des aliments* et celle de l'éducation. Il n'était dû dans l'espèce qu'une seule année, des livres, du papier, et d'autres objets fournis aux enfants.

145. Les *marchands* en détail, tels que bouchers, boulangers, traiteurs et autres n'ont de privilége que pour ce qu'ils ont fourni pendant les six derniers mois [5]. Mais les maîtres de pension et les marchands en gros ont privilége pour ce qui est dû pendant la dernière année. C'est la conséquence des art. 2271 et 2272 du Code civil, combinés avec l'art. 2101.

146. Le privilége ne doit s'étendre qu'à ce qui est nécessaire pour la subsistance *du débiteur* et *de sa famille*. On ne pourrait y

---

[1] Cette décision est conforme à l'avis des auteurs comme à la jurisprudence. *Voy.* Grenier, t. 2, n° 30; Delvincourt, t. 8, p. 9; Persil, sur l'art. 2101; Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 23, n° 9; Duranton, t. 19, n° 58. Un arrêt de la cour de Bruxelles du 1er mai 1841 va jusqu'à décider que l'ouvrier travaillant dans un atelier à tant la pièce ne peut non plus demander à être privilégié, jusqu'à concurrence du prix de la main-d'œuvre, sur le prix des objets par lui confectionnés, et qui se trouvent encore entre les mains du débiteur. Quant à cette solution, *voy.* encore Paris, cass., 9 déc. 1840; *Pasicrisie*, 1841.

[2] Ce privilége ne s'étend point aux dommages-intérêts qu'ils ont obtenus contre leurs maîtres par suite de l'inexécution des obligations que ceux-ci ont contractées envers eux. Douai, 13 juin 1842.

[3] Lettre A, somm. 17, note R, et lettre C, somm. 9.

[4] Merlin, *Répert.*, v° *Pension*.

[5] Les fournitures de subsistances privilégiées sont exclusivement celles faites dans les six mois, ou dans l'année, qui ont précédé la mort, faillite ou déconfiture du débiteur. Le privilége ne peut donc être réclamé pour des fournitures faites à une époque antérieure, et cela alors même qu'il y a eu action en payement intentée contre le débiteur avant l'expiration des six mois ou de l'année. (Limoges, 9 juin 1842.)

faire participer d'autres fournitures qui seraient d'une nature différente, comme fournitures de liqueurs, etc. [1].

On demande, à ce sujet, si un maître de pension qui aurait fourni à un de ses élèves des plumes, encre, papier, pourrait, sous le Code civil, avoir privilége pour ces fournitures, de même que je viens de faire voir qu'il l'avait d'après la jurisprudence du parlement de Paris.

Grenier est d'avis que le privilége a lieu : ce qui me paraît contradictoire avec les principes de cet auteur, qui, quelques lignes plus bas, enseigne avec raison que les priviléges, étant des exceptions, doivent être plutôt restreints qu'étendus [2].

Quant à moi, il me paraît impossible de mettre les fournitures de livres, papier, encre, etc., dans la classe des fournitures de subsistances. Qu'on ait jugé en faveur du privilége dans l'ancienne jurisprudence, où sur ce point il n'existait que des usages et pas de lois écrites, c'est ce que je conçois aisément. Mais aujourd'hui le législateur a parlé. Il faut prendre ses expressions dans leur véritable sens et ne pas forcer les textes [3].

On demande encore si la fourniture de vêtements indispensables ne doit pas être assimilée aux fournitures de subsistances. La raison de douter est que la loi 6 au Dig. *de alim. et cibar. legat.* [4], décide que les vêtements sont compris dans des aliments. « *Legatis alimentis, cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest.* » Mais cette loi n'est nullement applicable ici. D'abord je crois qu'il existe une grande différence entre les aliments et les subsistances. Les aliments se prennent, dans certains cas, dans un sens large, tel que la loi romaine le définit; au lieu que les subsistances ne peuvent s'entendre que des comestibles et fournitures de bouche, et répondent parfaitement à ce que les Romains appelaient, non pas *alimenta*, mais bien *cibaria*. Ensuite il faut remarquer que, même dans les lois romaines, le mot aliment n'était aussi largement interprété que dans les dispositions de dernière volonté; au lieu que dans les contrats on le prenait dans son sens strict, et on ne l'étendait ni aux vêtements, ni à l'habitation [5].

147. Les maîtres et professeurs qui n'ont donné que des leçons, mais qui n'ont pas fait de fournitures de subsistances, n'ont pas de privilége pour ces leçons [6]. Quoi qu'en dise Merlin, au mot *Pension*, en rapportant l'arrêt du parlement de Paris du 29 décembre 1779, ce n'est pas à la faveur de l'éducation que le privilége a été accordé; c'est exclusivement à la faveur des aliments [7]. Le mot subsistances est trop clair pour ne pas fermer la bouche sur toutes discussions à cet égard.

147 *bis*. On remarquera que le privilége constitué par notre article, pour fourniture de subsistances, n'a été établi qu'en faveur des marchands en gros et en détail et maîtres de pension : ainsi, tout individu qui ne se trouverait pas dans l'une de ces trois catégories n'aurait pas de privilége à prétendre, quelque favorable que fût sa créance [8].

---

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 23, n° 12.—Le boulanger qui a livré du pain à un aubergiste n'a privilége que pour la partie consommée par ce dernier et sa famille. Le privilége ne s'étend pas à la portion de pain consommée par les chalands de l'auberge. (Rouen, 14 juillet 1819. Lyon, 14 déc. 1832.)

[2] Grenier, n° 304.

[3] *Voy.* Paris, 5 mars 1838 et Duranton, n° 68.

[4] Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 412, n° 2.

[5] L. 18, § 12, Dig. *de transact.* Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 412, note E.

Cette opinion est trop rigoureuse dans sa généralité, pour être juste. Il en résulterait que le maître de pension, qui, après tout, ne peut pas laisser son élève nu, dans le cas où personne ne pourvoirait à ses besoins, serait obligé de le vêtir à ses dépens. Tant que le mineur est confié à sa garde, il en est responsable; il ne pourrait donc pas se dispenser de l'habiller, en le mettant dehors. Le *vestitus* est une dette aussi sacrée pour les parents que la nourriture qu'ils doivent à leurs enfants; et si le maître est obligé de le leur fournir, ne remplit-il pas un des premiers devoirs d'humanité? La loi ne peut pas être accusée d'avoir voulu laisser une dette si légitime et si nécessaire, dépourvue de la protection du privilége. Il y a aussi des pensions où, à raison du grand éloignement qui sépare l'élève de sa famille, les fournitures d'habillement doivent nécessairement se faire par le maître de l'établissement, en cas de besoin.

Nous sommes d'avis, qu'il doit être laissé au juge, d'après les circonstances, de décider en fait, si les fournitures faites par le maître de pension, sont ou ne sont pas fournitures de subsistances. Vouloir introduire des théories fixes, invariables et générales pour chacun des cas innombrables qui peuvent se présenter en cette matière, c'est s'exposer à mille erreurs. Les espèces de fait ne sont pas du domaine des théories générales de droit d'un commentateur. (*Note de l'éditeur belge.*)

[6] Le privilége résultant de l'art. 2101, n° 5, Code civ., ne s'étend pas aux fournitures faites à un maître de pension pour ses élèves. Paris, 5 mars 1838. Sirey, t. 38, 2e part., p. 380. *Sic.* Favard, *Répert.*, v° *Privil.*, sect. 1, § 1, n° 7; Persil, *Rég. hyp.*, art. 2101, § 5, n° 5; Zachariæ, t. 2, § 260, note 14.—*Contra*, Grenier, n° 304; Merlin, *Répert.*, v° *Pension*, § 1.

[7] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 24, n° 17.

[8] Grenier, n° 304. Persil, *Comm.*, art. 2101, § 5, n° 1. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 23, n° 15.

§ II. *Des priviléges sur certains meubles.*

ARTICLE 2102.

Les créances privilégiées sur certains meubles sont :

1° Les loyers et fermages des immeubles, sur les fruits de la récolte de l'année et sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme, et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme; savoir, pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine; et, dans ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux et fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû;

Et, à défaut de baux authentiques ou, lorsque étant sous signature privée, ils n'ont pas une date certaine, pour une année, à partir de l'expiration de l'année courante;

Le même privilége a lieu pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail;

Néanmoins les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année sont payées sur le prix de la récolte; et celles dues pour ustensiles sur le prix de ces ustensiles, par préférence au propriétaire dans l'un et l'autre cas;

Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement; et il conserve sur eux son privilége, pourvu qu'il en ait fait la revendication; savoir, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours, et dans celui de quinze, s'il s'agit de meubles garnissant une maison.

2° La créance sur le gage dont le créancier est saisi.

3° Les frais faits pour la conservation de la chose.

4° Le prix d'effets mobiliers non payés, s'ils sont encore en la possession du débiteur, soit qu'il achète à terme ou sans terme;

Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite;

Le privilége du vendeur ne s'exerce toutefois qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire;

Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication.

5° Les fournitures d'un aubergiste, sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge.

6° Les frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée.

7° Les créances résultant d'abus et de prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur le fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui peuvent en être dus.

SOMMAIRE.

148. Liaison. L'art. 2102 ne statue pas sur le rang des priviléges spéciaux.

149. § 1. *Du privilége du locateur.* Il était accordé par les lois romaines, et comprenait non-seulement les loyers, mais encore tout ce qui était dû pour exécution du bail. Pour loyers d'héritages urbains, le propriétaire avait droit *in invectis et illatis;* mais, pour loyers d'héritages ruraux, il n'avait droit que sur les fruits.

150. Droit français ancien. A-t-il effacé la différence entre les loyers d'héritages ruraux et d'héritages urbains? Diversité d'opinions. Le Code civil l'a fait disparaître. Étendue du privilége conféré par notre article.

151. *Privilége du locateur sur les meubles.* Signification du mot *garnie.* Le privilége s'étend aux livres, habits, vêtements, linge; mais non aux bagues, joyaux, titres de créances, et en général à tout ce qui n'est pas *apparent* et à tout ce qui n'est que *momentanément* conduit dans la maison. Il s'étend aux meubles qui n'appartiennent pas au locataire, pourvu qu'ils ne soient pas déposés momentanément. Dissentiment avec un arrêt de la cour de cassation. Si le locateur est informé que les meubles n'appartiennent pas au locataire, le privilége n'a pas lieu.

151 *bis.* Le privilége du propriétaire s'étend sur les meubles du sous-locataire.

152. Ce privilége appartient au sous-locateur, à l'usufruitier qui a loué, etc.

153. Signification du mot *maison* dans notre article.

154. Le propriétaire a privilége pour les avances qu'il a faites à son fermier, même après l'acte de bail, à l'effet de mettre la ferme en valeur. Dissentiment avec Grenier et Delvincourt.

154 *bis.* Le locateur a privilége, quelle que soit la forme du bail, même quand il serait verbal.

155. Mais quand le bail a date certaine, le locateur a privilége non-seulement pour l'année échue, mais encore pour les années antérieures non payées et pour tout ce qui est à échoir.

156. Quand le bail est sous seing privé, le locateur n'a privilége que pour ce qui est échu, l'année courante et l'année à partir de la courante, quand même il y en aurait d'autres à échoir. Dissentiment avec Tarrible, Grenier et Persil.

157. En cas de tacite réconduction, on doit appliquer les mêmes principes que pour le cas de bail ayant date certaine. Raison de cela. Dissentiment avec un arrêt de Bordeaux.

158. *Privilége du locateur sur les fruits de l'année.* Il est fondé sur le droit de propriété, et dérive *ex jure soli.* Il comprend les fruits *pendants* aussi bien que les fruits de l'année *récoltés.* Les vins sont compris dans le mot *récoltes.*

159. Quoique le privilége sur les fruits soit limité aux fruits de l'année, le locateur peut se venger sur les fruits de l'année précédente, comme objets garnissant la ferme. Différence entre le privilége sur les fruits de l'année et le privilége sur les fruits de l'année précédente.

160. Le privilége sur les fruits profite au sous-fermier et à tous ceux qui sont aux droits du propriétaire. Il a lieu pour tout ce qui est échu et à échoir.

161. Droit de revendication du *locateur.* Importance de cette exception à la règle que les meubles n'ont pas de suite. Nécessité de la limiter pour ne pas nuire au commerce.

162. Le locateur peut revendiquer les meubles vendus par le locataire. Opinion conforme de Dumoulin, et contraire de Grenier. Contradiction de ce dernier auteur. *Quid* si la vente a été faite du consentement du locateur? Renvoi.

163. Le consentement peut être tacite.

164. Si le locateur avait un gage suffisant dans les meubles restants, il ne pourrait empêcher le déplacement des autres meubles. Dissentiment avec les cours de Paris et de Poitiers.

165. Le locateur peut revendiquer les fruits de la ferme déplacés. Réponse à une objection de Delvincourt.

165 *bis.* Le locateur n'a pas besoin d'exercer le droit de revendication sur les fruits de l'*année* déplacés. Le déplacement ne fait pas perdre le privilége.

165 *ter.* Conseil donné au bailleur dans les cas où il a des craintes sur la solvabilité de son fermier, et où la ferme manque de locaux pour emmagasiner.

166. Renvoi pour le rang du locateur. Le créancier pour semences et frais de récoltes est préférable au locateur. Telle était aussi l'ancienne jurisprudence. Le créancier pour ustensiles aratoires est aussi préférable au bailleur. Sens du mot *ustensiles.*

167. Si le locataire fait transporter ses meubles dans une autre maison nouvellement louée, le précédent locateur peut les y revendiquer, à moins qu'il n'ait connu le déplacement et qu'il ne s'y soit pas opposé.

168. § II. *Du gage*. Fondement du privilége du gagiste. Son ancienneté.
169. Le gagiste doit être saisi, si ce n'est dans le cas où l'on est convenu que la chose serait déposée en mains tierces.
169 *bis*. Dissentiment avec Ferrières et Grenier, qui pensent que le gagiste est préférable aux créanciers pour frais funéraires. Réponse à l'argument tiré de ce que le débiteur commun n'a pas la possession de la chose lorsqu'elle est en gage. Outre que le débiteur a la possession civile, il reste *propriétaire*.
170. Nécessité d'un acte public constatant le gage, afin d'éviter les fraudes. Un acte privé, mais ayant date certaine, suffit. Sans cela point de privilége. Mais cette stipulation contractée par l'écriture n'est pas exigée lorsque le gage ressort indirectement des conventions, comme dans le cas de bail, etc. La nécessité de l'écriture a même lieu pour les matières de commerce.
171. Le gage n'a pas lieu sur la chose d'autrui. Mais le vendeur non payé ne serait pas reçu à revendiquer sa chose sur le gagiste qui en serait saisi. Renvoi au nº 185.
172. Ce qui vient d'être dit du gagiste ne s'applique pas au dépositaire à qui des sommes sont dues pour raison du dépôt. Si cependant il avait fait des frais pour la conservation de la chose, il aurait privilége, comme il sera dit nº 174.
173. Le déposant n'a pas besoin de *privilége* pour reprendre sa chose. Il peut exercer le droit de reprise et de restitution, à moins que cette chose ne soit plus en nature. *Quid* si la chose déposée était entre les mains d'un locataire dont on saisit les meubles? Distinctions et solutions.
174. § III. Frais pour la *conservation de la chose*. Raison de ce privilége par les lois romaines. Obscurité de ces lois sur ce privilége.
174 *bis*. Simplicité et clarté de notre droit français à cet égard.
175. Latitude de ces mots, *pour la conservation de la chose*.
176. Celui qui ne fait qu'*améliorer* la chose n'a pas de privilége; il n'a qu'un droit de *rétention*, qu'il perd avec la possession. Dissentiment avec Grenier.
177. Mais celui qui a conservé la chose n'a pas besoin d'être en possession pour exercer son privilége. Dissentiment avec Pothier.
178. Cette question n'a été jugée par aucun arrêt. Explication de certaines décisions qu'on pourrait être tenté de lui appliquer. Il s'agit dans ces décisions d'ouvriers qui avaient *amélioré* et *non conservé*, et qui demandaient à exercer leurs droits sur des objets dont ils étaient saisis. L'ouvrier ne peut réclamer sur la chose dont il est nanti que les frais faits pour la conservation de cette chose, et non d'autres.
179. Renvoi pour le rang.
180. § IV. *Du vendeur*. Il a deux droits, *privilége* et *revendication*.
181. Par le droit romain le vendeur n'avait pas de privilége. Dissentiment avec Loyseau. S'il voulait avoir un droit de suite, il devait le stipuler *expressément*. Clauses dont on se servait. Embarras où sont quelquefois les jurisconsultes français pour comprendre ces stipulations, bien éloignées du système de notre législation moderne.
182. Ancienne jurisprudence. Introduction du privilége dans les pays de droit écrit par voie détournée.
183. En pays coutumier, les coutumes établirent le privilége du vendeur sur les meubles, et la jurisprudence l'étendit aux immeubles.
184. Système du Code civil. Il a adopté l'ancienne jurisprudence. Il accorde privilége, quand même la vente aurait été faite avec terme, et quand le vendeur aurait suivi la foi de l'acheteur.
184 *bis*. Pour que le vendeur exerce le privilége, il faut que la chose soit en *possession* de l'acheteur.
185. Elle ne serait plus en *sa possession* dans le sens de notre article s'il l'avait donnée en gage.
185 *bis*. Le privilége se perd si la chose n'existe plus en nature.
186. Le locateur est préféré au vendeur, à moins que le locateur n'ait été informé que les meubles introduits chez lui étaient affectés au vendeur. Conseil donné au vendeur pour la conservation de son droit.
187. Le privilége du vendeur a lieu, même pour vente de meubles *incorporels*. Dissentiment avec Persil et avec la cour de Paris.
187 *bis*. De la *revendication* du vendeur. Elle est fondée sur le droit de propriété.
188. Elle avait lieu dans le droit romain quand le vendeur n'avait pas suivi la foi de l'acheteur.
189. Sens de ces mots, *fidem sequi*.
190. Importance de la revendication chez les Romains, qui n'accordaient au vendeur ni privilége ni clause résolutoire tacite.
191. En France, on introduisit la clause résolutoire tacite dans tout contrat.
192. Mais cela n'empêche pas de conserver la revendication.
193. Le Code civil a suivi ces errements. Réponse à ceux qui pourraient dire que la clause résolutoire tacite et la revendication font double emploi. Différence entre ces deux droits. Le droit de revendication est une exception à l'art. 1583.
194. Des conditions exigées pour pouvoir revendiquer. 1re *condition*, que la vente soit *sans terme*.
195. 2e *condition*, que la chose soit *en la possession* de l'acheteur. Différence à cet égard avec la coutume de Paris.
196. 3e *condition*, que la chose soit dans le même état. Sens de cette disposition.
197. 4e *condition*, que la revendication soit exercée dans la huitaine de la livraison.
198. Si ces conditions manquent, le vendeur pourra se prévaloir de la clause résolutoire.
199. Sens des mots *vendeur non payé*. Dissentiment avec Grenier, qui pense que le vendeur n'est pas privilégié si dans le payement il a suivi la foi de l'acheteur.
199 *bis*. Un payement en billets n'est satisfactoire que

sauf encaissement. Dissentiment avec différents arrêts.
199 *ter*. Mais un payement en billets non échus empêcherait la revendication; car ce serait accorder terme.
200. La revendication en matière de commerce est régie par des lois spéciales. Le privilége n'y a même pas lieu toutes les fois qu'il s'agit d'opérations réciproques de commerce. Raisons de cela.
200 *bis*. Tout ce qui vient d'être dit de *la vente* ne s'applique pas à l'échange.
201. § V. *De l'aubergiste*. Son privilége découle de la coutume de Paris.
202. Il ne s'applique pas aux teneurs de maisons déshonnêtes, de maisons de jeu, et de cabarets où l'on donne à boire *aux gens du lieu*. Il n'a lieu que contre les *voyageurs*.
203. Il s'étend aux dépenses, même excessives, faites dans l'auberge.
204. L'aubergiste peut saisir les objets introduits dans son auberge, quand même ils ne seraient pas la propriété du voyageur, à moins qu'il n'eût su qu'ils n'étaient pas à lui. Il ne peut saisir les habits qui vêtent le voyageur. Exemple mémorable d'un manque d'humanité. Mais il peut saisir les bêtes de trait et de selle introduites chez lui. Sens du mot *effets*. Les effets introduits *depuis* l'arrivée du voyageur répondent des dépenses faites *avant* leur introduction, mais toujours *depuis* l'arrivée du voyageur.
205. Réfutation de ceux qui pensent que le privilége de l'aubergiste est supérieur aux frais funéraires.
206. Le privilége de l'aubergiste se perd s'il laisse sortir les effets de son auberge.
207. § VI. Privilége *du voiturier*. Son privilége n'est pas fondé sur la possession. Réponse à diverses objections.
207 *bis*. La chose actuellement voiturée ne répond pas des frais d'un voyage précédent.
208. § VII. Privilége sur les *cautionnements*. Énumération des fonctionnaires soumis à en fournir.
209. Différence entre les cautionnements des comptables et ceux des officiers ministériels.
210. Les cautionnements de ceux-ci ne répondent pas des amendes.
211. Privilége de second ordre du bailleur des fonds du cautionnement.
211 *bis*. Renvoi pour les priviléges résultant du droit commercial.

COMMENTAIRE.

148. En commentant cet article, mon plan sera celui que j'ai suivi en m'occupant de l'article précédent.

Je remarque d'abord que notre article en faisant l'énumération des priviléges spéciaux, se tait sur l'ordre qu'ils doivent avoir entre eux, et que par conséquent la série de numéros qu'il emploie n'est pas une série d'ordre : c'est la conséquence de ce que j'ai dit nos 40 et 56.

149. § 1. Privilége *du locateur*.

Les lois romaines avaient favorisé le propriétaire d'une maison louée en lui donnant une *hypothèque tacite* sur les choses introduites dans cette maison. Les effets de ce droit étaient les mêmes que ceux qu'engendre en France le privilége du locateur qui affecte les choses comme l'hypothèque.

« Eo jure utimur ut quæ in *prædia urbana* » inducta, illata sunt, pignori esse credan» tur, *quasi id tacite convenerit*. In rusticis » prædiis contra observatur. » L. 4, Dig. *in quib. causis pign. vel hyp. tacit.*

Ce n'était pas seulement pour les loyers que le propriétaire avait un droit de gage sur les meubles du locataire; c'était encore pour les dégradations que ce dernier pouvait avoir commises [1].

Comme on vient de le voir dans la loi 4 citée tout à l'heure, le droit de gage n'avait lieu que pour les loyers des héritages urbains, mais non pas pour les héritages rustiques [2]. En ce qui concerne ces derniers, le propriétaire avait une hypothèque tacite sur les fruits de l'héritage donné à bail. « In » prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur, » tacite intelliguntur pignori esse domino » fundi locati, etiamsi nominative id non » convenerit [3]. »

Cujas nous a donné l'origine de cette différence entre les droits du locateur d'héritages ruraux et ceux du locateur d'héritages urbains. Anciennement, dit-il, les conducteurs d'héritages ruraux avaient coutume de s'obliger par une disposition expresse à engager, pour sûreté des fermages, les fruits provenant de la ferme; mais ils ne promettaient pas d'hypothèque sur les objets mobiliers garnissant les bâtiments d'exploitation, parce que le locateur était suffisamment ga-

[1] L. 2, Dig. *in quib. causis*. L. 4, Dig. *de pactis*.
[2] *Voy.* aussi les lois 5, C. *in quib. causis*; et 5, C. *de locat. et conduct.*
[3] L. 7, Dig. *in quib. causis*.

nti par son droit sur les fruits de la chose. Mais en ce qui concerne les héritages urbains qui par eux-mêmes ne produisent pas de récoltes, les locataires avaient pour usage d'obliger *expressément* au payement des loyers les meubles qu'ils apportaient dans la maison qu'ils devaient habiter. Cujas trouve la preuve de cet usage dans la loi *si servus*, § *locati*, Dig. *de furtis*. Par la suite, continue-t-il, on s'accoutuma tellement à ces stipulations, qu'on les sous-entendit de plein droit, lorsqu'elles n'étaient pas exprimées : « *Quod vulgo fieri solet, abit in legem, et habetur pro facto vel pro dicto, etiamsi dictum non sit* [1]. Denique paulatim obtinuit, ut locato prædio rustico, *fructus* ob mercedem tacite pignorati essent, non *inducta et illata*, nisi id nominatim convenisset [2]; locato autem prædio urbano, ut inducta et illata ob mercedem pignori essent, etiamsi nihil nominatim convenisset; idque indistincte *sive locator scivisset quæ inducta essent, sive ignorasset* [3]. »

150. La jurisprudence française, qui sut s'approprier tant de précieuses dispositions du droit romain, convertit en privilége l'hypothèque tacite du propriétaire, et, comme le dit Pothier [4], ce privilége devint un des plus célèbres parmi les priviléges spéciaux.

Cependant le droit romain fut modifié en un point. C'est que dans plusieurs coutumes l'on rejeta la différence entre le locateur d'héritages urbains et le locateur d'héritages ruraux, et que le privilége fut accordé aux derniers comme aux premiers *in invectis et illatis* [5].

Mais, dans les coutumes muettes, c'était une question diversement résolue, que de savoir si l'on devait appliquer la disposition du droit romain, ou bien celle de la coutume de Paris. Ricard, Ferrières, Auzanet [6], pensaient que le privilége ne pouvait pas être étendu aux maisons des champs. Brodeau [7] était d'une opinion contraire, ainsi que Loisel [8] et Pothier [9].

Le Code civil a voulu que le privilége du locateur eût lieu non-seulement sur ce qui garnit les maisons de ville, mais encore sur ce qui garnit les métairies, maisons de ferme, etc.

De plus le propriétaire de la ferme a privilége sur les fruits et récoltes qu'elle produit.

Enfin, d'après notre article comme par le droit romain, le privilége a lieu non-seulement pour les loyers, mais même pour les dégradations commises par le locataire et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail.

Pour éclaircir cette matière, j'examinerai d'abord ce qui concerne le privilége du propriétaire sur les meubles; je parlerai ensuite de ce qui concerne le privilége sur les fruits.

151. Le privilége sur les meubles pour les loyers et fermages comprend tout ce qui a été mis dans la maison ou la ferme pour la *garnir*. C'est ce qui résulte des termes de notre article. Ainsi les animaux qui sont conduits dans la ferme par le bailliste, les marchandises que le négociant dépose dans la boutique qui lui est louée, sont affectés au privilége [10]. Une boutique, en effet, est destinée à être garnie de marchandises; une ferme est destinée à être garnie d'instruments aratoires, d'ustensiles de labour, de bêtes de somme et de trait. En louant ces choses, le propriétaire a dû penser que cette destination serait remplie, et que cela assurerait le payement de ses loyers [11].

Mais on ne peut considérer comme meubles garnissant la maison, les *pierreries*, *bagues*, *obligations*. Ces objets, n'étant pas apparents, ne sont pas frappés par le privilége du propriétaire [12]. Il en est de même de l'argent comptant [13], que le bailliste

[1] L. ult., C. *de fidejussor.*
[2] L. 1, Dig. *de salv. interdicto.* L. 5, C. *in quib. causis.* Inst. *de act.*, § *interd.*
[3] Cujas, sur la loi 4, Dig. *de pactis.*
[4] *Orléans*, tit. 20, § 9, p. 681, introd.
[5] Paris, art. 171, et Orléans. Basnage, *Hyp.*, chap. 14. Pothier, *Procéd.*, 194. Brodeau, art. 161, Cout. de Paris.
[6] Art. 171, Cout. de Paris.
[7] Art. 161, anc. Cout. de Paris.
[8] Inst. cout., *Louage*, n° 7.
[9] Pothier, *Louage*, n°s 227 et 228.
[10] Ce privilége ne s'étend pas à l'argent monnayé. Grenier, *Hyp.*, n° 306; Persil, *Rég. hyp.*, art. 2102, § 1, n° 4, *in fine*. Ni aux billets et titres de créances. Duranton, t. 19, n° 79.
[11] Pothier, *Louage*, n°s 247 et 229; et *Pandectes*, t. 1, p. 564, note 6, *in quibus causis*, etc.
[12] Brodeau sur Paris, art. 161, n° 7. Auzanet, id. Grenier, *Hyp.*, n° 310.
[13] Ferrières, Paris, art. 171. Glose 2, n° 18. — L'article 2102, n° 1, du Code civ., affectant généralement au privilége du bailleur *tout ce qui garnit la maison louée*, quel que soit le genre d'exploitation auquel la maison est destinée, que ce soit pour y établir une boutique, un magasin ou une manufacture, tous les objets qui la garnissent sont soumis au privilége. Ainsi les produits d'une

peut enlever quand il le veut, sans que le propriétaire s'en aperçoive; ce dernier n'a jamais pu considérer comme faisant partie de son gage des choses dont l'existence lui a été forcément inconnue.

A l'égard des livres composant une bibliothèque, du linge de corps, des habits et vêtements, quoiqu'ils ne soient pas meubles meublants, néanmoins comme ce sont des objets qui garnissent la maison, ils sont soumis au privilége, d'après l'opinion commune des docteurs [1].

On ne doit pas soumettre au privilége les meubles qui sont momentanément déposés dans la maison et qui n'y ont pas été apportés pour la garnir [2]. C'est ce que décide la loi 32, Dig. *de pignorib. et hypoth.* «Eos duntaxat qui hoc animo a domino inducti » essent, ut ibi perpetuo essent, non tem» poris causa accommodarentur, obliga» tos [3]. » Ainsi si un fermier empruntait *momentanément* des instruments aratoires, et qu'il les déposât dans sa ferme, le propriétaire locateur ne pourrait y prétendre de privilége [4].

Mais si les meubles empruntés ou appartenant à un tiers étaient introduits dans la maison louée pour y rester, le privilége les atteindrait. C'est fort mal à propos que la cour de cassation a avancé le contraire dans les considérants d'un arrêt du 22 juillet 1823 [5], où elle dit que le privilége du propriétaire ne porte que sur ce qui appartient au locataire ou au fermier. Cette proposition est contraire au texte de notre article qui fait peser le privilége *sur tout ce qui garnit* la maison ou la ferme. De plus, elle était inutile pour justifier la solution que la cour de cassation voulait faire prévaloir. L'art. 1813 du Code civil fournit un argument décisif contre l'opinion de la cour de cassation. Car cet article veut que si parmi les animaux qui garnissent la ferme, il en est quelques-uns qui soient donnés à cheptel au fermier, le locateur puisse prétendre sur eux un privilége, à moins que le bailleur à cheptel ne lui ait notifié l'état des choses [6]. La cour de cassation avait-elle oublié que, par application de cet article 1813, elle avait décidé, par arrêt du 9 août 1815 [7] que le privilége du locateur affecte les animaux donnés à cheptel, lors même que la signification n'a été faite que *postérieurement* à l'introduction de ces animaux dans le domaine affermé? Décision tout à fait juridique; car, aussitôt introduits dans la ferme, les bestiaux sont saisis par le privilége du propriétaire, et on ne peut les garantir de cette affectation que par une dénonciation préalable. Un système contraire pourrait donner lieu à beaucoup de fraudes.

Tenons donc pour certain que le privilége grève les objets appartenant à des tiers lorsque ces objets sont destinés à garnir l'appartement ou la ferme [8]. C'est aussi ce qu'a fort bien jugé la cour de Paris par arrêt du 26 mai 1814 [9], en décidant que les meubles pris à loyer par le locateur d'un appartement sont soumis au privilége du propriétaire de la maison, lorsque la signification n'a eu lieu qu'après l'introduction des meubles [10].

Mais s'il était notoire que les meubles introduits n'appartenaient pas au locataire, alors on pourrait d'après les circonstances, et sans qu'il y ait eu signification officielle, admettre que le privilége n'a pas eu lieu. C'est ce qu'a jugé la cour de Poitiers par arrêt du 30 juin 1825, dans une espèce où

---

manufacture, garnissant ses magasins, y sont affectés. Code civ., art. 2102, n° 1. (Cass., 2 fév. 1843.) *Voy.* l'arrêt d'appel, dans la *Jur. de B.*, 1842, p. 310.

[1] Sur le § *item servian.*, Inst. *de act.* Ferrières, *loc. cit.*

[2] Les objets mobiliers qui n'ont été déposés dans les lieux loués que pour y être travaillés par le locataire, puis restitués aux tiers à qui ils appartiennent, ne peuvent être considérés par le propriétaire comme le gage de ses loyers. (Paris, 8 mars 1841.)

Le maître d'un hôtel garni ne peut pas retenir pour le payement de ses loyers un objet mobilier (un tableau par exemple) appartenant à un tiers, et qui n'aurait été confié au locataire que par suite de la profession qu'il exerce. (Paris, 14 mars 1842.)

[3] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 564, n° 7.

[4] Domat, liv. 3, tit. 1, sect. 5, n° 16. Grenier, n° 311. Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, p. 21. Arrêt de la cour de cass. du 22 juillet 1823. Il est mal motivé, mais juste au fond. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 38 et suiv. *Infra*, n° 173.

[5] Dalloz, v° *Hyp.*, *loc. cit.*

[6] Dans le cas de cheptel donné au fermier d'autrui, la notification prescrite par l'art. 1813, Code civ., pour faire prévaloir le privilége du bailleur du cheptel sur celui du bailleur de la ferme, peut être suppléée par la preuve que le dernier a eu connaissance que le cheptel appartenait à autrui. (Paris, cass., 7 mars 1843. Sirey, 1re part., p. 285.) Telle est aussi l'opinion de Troplong, dans son *Traité du louage*, n° 1161.

[7] Dalloz, *loc. cit.* Sirey, t. 20, 1re part., p. 469.

[8] Liége, 29 déc. 1834; Brux., 7 juin 1837; mais *voy.* Poitiers, 30 juin 1825.

[9] Dalloz, *Hyp.*, p. 38. Grenier, n° 311. Persil, *Comm.*, art. 2102.

[10] Brux., 11 nov. 1836; Paris, 26 mai 1814.

n propriétaire avait fait saisir parmi les eubles de son locataire, maître de pension, ceux d'un de ses élèves. La cour nsa, non sans fondement, qu'il était connu e les pensionnaires avaient des meubles eux, et que le locateur n'avait pas dû mpter sur ces objets pour s'indemniser de n dû [1].

C'est aussi par des circonstances de fait 'il faut expliquer un arrêt de Paris du mars 1829 qui a jugé qu'un propriétaire pouvait se payer sur un meuble apparant à un tiers et introduit dans l'appartent *depuis* l'entrée du locataire. Dans te espèce, il s'agissait d'un individu qui it *loué en garni* et qui par conséquent vait pas pu espérer de se faire payer sur meubles de son locataire, puisqu'il n'en it apporté aucun dans l'appartement, au ment où il y était entré [2].

51 *bis*. Si le locataire a cédé son bail à autre, le propriétaire a les mêmes droits les meubles de celui à qui la rétrocession é faite. La raison en est que le privilége fondé sur l'occupation des meubles et sur le bail. Peu importe donc que le riétaire n'ait pas contracté avec le sousaire. Par cela seul que les meubles ocnt la maison, ils sont affectés aux droits propriétaire [3]. C'est ce qui résulte des romaines [4], et de l'art. 820 du Code rocéd.

ais il faut remarquer que la mesure des ts du propriétaire se règle sur les oblions contractées par le sous-locataire avec i qui lui a sous-loué. Ainsi, si le sousaire n'a passé qu'un bail de 600 francs un locataire qui avait un bail de 1200 s avec le propriétaire, ce dernier ne ra poursuivre le sous-locataire que jusconcurrence de 600 francs [5].

ien plus, le sous-locataire pourra oppoles payements faits de bonne foi.

Mais il ne sera pas reçu à se prévaloir des payements faits par anticipation [6].

152. Je viens de parler des objets grevés de privilége; je vais examiner quelles sont les personnes qui peuvent s'en prévaloir.

Le propriétaire n'est pas le seul qui ait privilége pour ses loyers et fermages.

D'après l'art. 1717 le locataire peut souslouer lorsque cette faculté ne lui est pas interdite.

Le principal locataire, quoique n'étant pas propriétaire, pourra néanmoins prétendre privilége sur les meubles de celui qui sous-loue de lui.

On doit dire que l'usufruitier qui aura donné à bail devra jouir du même privilége que s'il était propriétaire. Il en est de même de tous ceux qui sont aux droits du propriétaire : car le privilége n'est pas attaché à la personne du propriétaire; il dérive du gage, etc. Il passe à tous ceux à qui appartiennent les loyers [7].

153. Disons maintenant un mot de la nature de l'objet loué.

Notre article se sert de ces expressions « sur tout ce qui garnit *la maison louée et la* » *ferme*. » Quel en est le sens positif?

Brodeau, sur l'art. 161 de la coutume de Paris, examine fort doctement ce qu'on doit entendre par *maison* louée. Je ne le suivrai pas dans le luxe de science auquel il s'abandonne. Je me bornerai à dire que ce mot doit s'entendre de tout ce qui est donné à loyer, soit pour l'*habitation des hommes*, soit pour l'*habitation des animaux*, soit pour la *conservation des choses*, comme magasins, granges, étables, auberges, boutiques, cours [8], emplacement quelconque.

154. J'ai dit, n° 150, que le privilége a lieu pour tout ce qui se rattache à l'exécution du bail. On demande ce qu'il faut décider pour les avances que le propriétaire

---

[1] *Voy.* aussi arrêt du 21 mars 1826. Rejet, 22 juil-3, et 21 mars 1826.

L'art. 453 autorise les père et mère à vendre les s dont ils ont la jouissance en vertu de l'art. 384. les enfants n'ont plus qu'une simple créance de la du mobilier, contre les auteurs de leurs jours. Ce peuvent vendre, ils peuvent, à plus forte raison, ger; et les enfants ne pourraient empêcher, par une en revendication, l'engagiste d'user de la faculté i accorde l'art. 2073. Lorsque les meubles apparteaux enfants n'ont point été vendus, mais sont restés l'habitation tenue à loyer par leur auteur, le proaire pourra les faire saisir et vendre pour obtenir le ment du loyer, sans que les enfants puissent être admis à les revendiquer, sauf leur recours contre leur auteur. Le propriétaire ne peut être traité moins favorablement que l'engagiste. C'est ce que j'ai fait juger plusieurs fois au barreau d'Orléans. (Pailliet, sur l'art. 2102.)

[3] Ferrières, art. 171. Paris, glose 1, n° 19. Huberus, lib. 19, tit. 2, n° 4; et lib. 20, tit. 2, n° 9.

[4] L. 11, § 5, Dig. *de pign. act.*

[5] Idem.

[6] Art. 1753 du Code civ., et 820 du Code de procéd. Merlin, *Répert.*, v° *Privilége.*

[7] Ferrières, art. 171, Cout. de Paris, n° 2. Merlin, *Privilége*, p. 22, *in fine.*

[8] Pothier, *Louage*, n°s 227 et 228.

fait au bailliste afin de le mettre en état de se livrer à l'exploitation.

Quelques auteurs exigent que ces avances soient établies par l'acte de bail, sans quoi le titre ultérieur qui le constaterait devrait être assimilé à un contrat de prêt ordinaire [1].

Mais il ne paraît pas que cette opinion doive être suivie. Pothier enseigne [2] que « *dans l'usage* on a étendu à cette créance » les droits des seigneurs de métairie, *sur-* » *tout* lorsque ces avances ont été faites en » grains ou autres espèces, et qu'on ne peut » douter qu'elles ont été faites pour *faire* » *valoir la métairie;* car, le seigneur de la » métairie ayant été obligé de faire cette » avance pour faire valoir sa métairie, il y » a même raison que pour le bail. »

C'est en ce sens que s'est prononcée la cour d'Angers par arrêt du 27 août 1821 [3]; pour fortifier son argumentation, cette cour a considéré que les avances faites au fermier pour le mettre à même d'opérer la culture sont de véritables frais de récolte, puisqu'ils ont été faits en vue de l'exploitation.

En général, ces avances sont très-favorables : elles sont un secours, nécessité souvent par des circonstances *imprévues*, pour faciliter la mise en valeur de la ferme. Elles se lient au bail et doivent jouir de ces priviléges [4].

154 *bis*. Dans quelle forme doit être dressé le bail auquel on prétend rattacher le pri- vilége?

Le propriétaire a privilége, soit qu'il y a bail par écrit sous signature privée, ou d vant notaire, et même lorsque le bail e purement verbal [5].

Mais quant à l'étendue du privilége, faut faire une distinction entre les ba ayant date certaine et ceux qui ne l'ont pa

155. Les baux authentiques ou bien l baux sous seing privé ayant date certai donnent privilége non-seulement pour l'a née *échue*, mais encore pour les années a térieures dont les loyers et fermages n'o pas été acquittés.

Cela est conforme aux principes du co trat de louage. Le bail est un acte contin qui, quoiqu'il se compose de plusieurs a nées, ne doit pas recevoir d'intermissio C'est vainement que l'on dirait que le pr priétaire doit s'imputer de ne s'être pas f payer les années précédentes; qu'en laissa s'accumuler les loyers, il nuit aux autr créanciers du locataire, et que, même p fraude ou par collusion, il pourrait supp ser n'avoir pas été payé, tandis que réell ment il l'aurait été. On répondra toujo qu'il est de la nature du contrat de bail d donner droit au propriétaire, non pas se lement pour une année, mais même po toutes celles qui lui sont dues.

Il y a plus, c'est que le propriétaire pe

---

[1] Grenier, nº 309. Delvincourt, t. 8, p. 21, notes. Dalloz, vº *Hyp.*, 17, 33.

[2] Pothier, *Louage*, nº 254.

[3] Dalloz, vº *Hyp.*, t. 17, p. 40 et suiv.

[4] Il nous semble que c'est singulièrement étendre le privilége du bailleur au delà de ses limites légales. Les expressions de l'art. 2102, *et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail*, ne peuvent pas être comprises d'*avances* que ferait le bailleur à son fermier, en dehors des clauses et conditions du contrat de location. Que la cour d'Angers ait décidé que les avances faites au bailliste par le propriétaire, pour le mettre en état de se livrer à l'exploitation, sans que les stipulations du bail comprennent l'obligation du propriétaire à cet égard, sont privilégiées comme frais de récolte, c'est possible, quoique nous le tenions pour mal jugé en fait; car enfin des frais de récolte ne peuvent être des avances d'argent faites pour faciliter la culture et l'exploitation du fonds, avant qu'il s'y trouve non-seulement des fruits à récolter, mais même encore l'espoir de fruits; il n'est pas non plus constant que ces avances eussent servi à l'achat des semences. Ce serait donc, à tout prendre, comme créancier privilégié pour frais de récolte, que l'arrêt aurait admis le propriétaire du chef de ses avances, mais nullement comme locateur et en vertu du bail. L'opinion de Pothier, encore une fois, dont l'autorité est toujours si respectable, ne sert ici qu'à induire une erreur; car si l'*usage* d'autrefois pouvait justifier cette opinion alors, elle n'est plus soutenable en face du texte nouveau de l'art. 2102 du Code civil. La cause du privilége du locateur est dans le contrat de lo- tion, cela est incontestable; or il est évident que l'ava de fonds et l'obligation qui en résulte, en dehors des sti- pulations expresses du bail, a une tout autre caus celle de prêt. La loi nouvelle n'accorde plus aucun privi- lége de plein droit, au prêteur d'argent, que dans les c de l'art. 2103, nos 2 et 5.

Que ces sortes d'avances puissent être favorables po faciliter la mise en valeur des fermes, nous l'admetton mais elles n'ont pas mû le législateur à en faire des créan- ces privilégiées.

Qu'arriverait-il et que dirait le locateur, si, sous appa- rence et même avec la qualification expresse d'avances pour frais de récolte, un tiers produisait un titre de créance pa- reille avec demande de privilége contre le locateur lui- même, car les frais de récolte sont préférés au loyer; ou même en concurrence avec le locateur qui se prévaudrait aussi de semblables avances? A moins d'avoir deux poids et deux mesures, il faudrait admettre ce prétendant pri- vilége. Ou serait-ce par hasard, que le locateur pourrait l'exclure par sa seule qualité de propriétaire du fonds loué? Si les avances du propriétaire sont favorables à la mise en valeur de la ferme, celles du tiers prêteur ne le sont pas moins, surtout si le locataire, ne pouvant pas les obtenir du locateur, était obligé de se les procurer chez un tiers. (*Note de l'éditeur belge.*)

[5] Charondas, art. 161, C. de Paris. Ferrières, art. 171, glose 1, nº 14.

faire payer par privilége de tout ce qui à *échoir*. C'est un cas singulier où l'on autorisé à exiger le payement d'une te avant son échéance. Mais cette anti-ation est justifiée par la nature du pri-ge qui affecte tellement la chose pour sûreté du payement, que le législateur a mieux aimé anticiper le terme, que de com-mettre les intérêts du créancier privilé-[1].

Remarquons toutefois que le bailleur ne it exiger le payement par anticipation lorsqu'il se présente d'autres créanciers menacent d'absorber par leur concours garanties ultérieures. Alors il y a en lque sorte déconfiture. Dans tous les res cas où les garanties du bailleur ne pas menacées, il doit se contenter des es échus [2].

Lorsque le concours des créanciers fait ndre que les meubles ne soient pas suf-ts pour répondre de toutes les obliga-s du locataire, et que par conséquent propriétaire peut exiger par préférence termes à échoir, la loi, qui a cherché à cilier autant que possible tous les inté-, vient au secours des créanciers, en leur mettant de relouer la maison ou la ferme e faire leur profit des baux ou fermages, à indemniser le propriétaire de tout ce pourrait lui être dû.

Les créanciers exercent ici les droits du taire, ou pour mieux dire, ils se trou-subrogés à son bail, quand même la lté de sous-louer serait interdite.

56. Lorsque le bail est sous seing privé, qu'il n'a pas de date certaine, ou bien qu'il est verbal, les auteurs distinguent loyers échus avant l'année courante, le r de l'année courante, et l'année à partir l'année courante.

A l'égard des loyers échus avant l'année rante, Tarrible [3], Grenier [4], Per-[5], pensent qu'ils ne sont pas privilé-. La raison qu'ils en donnent, c'est qu'on douté qu'en accordant un privilége pour loyers échus et non réclamés, on ne ait ouverture aux collusions que per-ent si facilement de pratiquer les conventions verbales et les actes sans date certaine. On pourrait exagérer le prix de la ferme et le nombre d'années arriérées, frustrer les créanciers légitimes, et se faire un instrument de fraude de la trop grande latitude de la loi. Cette doctrine paraît d'autant plus spécieuse qu'elle semble avoir pour elle le texte même de l'art. 2102 qui ne parle que d'une année à partir de l'année courante; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de Bordeaux 12 juin 1825 [6].

Quant à l'année courante, Tarrible et Grenier pensent que le propriétaire n'a pas non plus privilége. Mais Persil [7] est d'avis que l'année courante doit être privilégiée.

Enfin, en ce qui concerne l'année à partir de l'année courante, tout le monde s'accorde à dire qu'il y a privilége à cet égard.

Quoi qu'il en soit de ces distinctions, dont la raison ne peut être donnée par les auteurs qu'au moyen d'explications plus ou moins contestées, la cour de cassation a interprété notre article d'une manière plus simple et par cela même plus satisfaisante pour l'esprit, qui répugne toujours à ce qui est embarrassé. La cour suprême a pensé, par arrêt du 28 juillet 1824 [8], que le propriétaire a, en vertu d'un bail verbal, un privilége pour les années échues, l'année courante et l'année à partir de l'année courante; elle se fonde sur ce que, si l'art. 2102, dans son § 2, limite le privilége du propriétaire à une année à partir de l'année courante, il ne s'ensuit nullement qu'il ait voulu priver le propriétaire de l'exercice de son privilége pour *loyers échus;* que la restriction; commençant à partir de l'année courante, n'a lieu que par opposition aux loyers *à échoir,* qu'on accorde en entier au propriétaire muni d'un titre ayant date certaine; que l'intention de la loi de conférer au propriétaire qui n'a qu'un bail verbal un privilége pour tout ce qui est échu, résulte des articles 661 et 662 du Code de procédure civile et surtout de l'art. 819 du même Code, qui permet au locateur de faire saisir-gager les meubles garnissant la maison pour tous loyers et fermages échus, *soit qu'il y ait bail ou qu'il n'y en ait pas*, et même d'exercer la

[1] Merlin, v° *Privilége*, n° 5.
[2] Cass., 8 déc. 1806. Persil, art. 2102, § 1, n° 16. ..., v° *Hyp.*, t. 17, p. 42. Grenier, n° 309. Merlin, *Privilége*.
[3] Merlin, v° *Privilége*, sect. 3, § 2, art. 5.
[4] Grenier, n° 309.
[5] Art. 2102, Dig. 1, n°s 14 et 15.
[6] Sirey, t. 26, 2e part., p. 179.
[7] Persil, *loc. cit.*, n° 22.
[8] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 41 et suiv. Sirey, t. 25, 1re part., p. 85.

revendication sur les meubles déplacés et d'y faire valoir son privilége.

Cet arrêt, d'autant plus important qu'il porte cassation d'un jugement du tribunal de Meaux, est motivé de manière à réfuter d'avance toutes les objections. Un arrêt semblable avait déjà été rendu par la cour de Rouen le 12 juillet 1823 [1].

157. On demande ce qui doit être accordé au cas de tacite réconduction. Cette question ne me paraît pas sans difficulté.

La tacite réconduction est un nouveau bail que les parties commencent sans écrit, et par un accord volontaire, mais non exprimé.

Si ce bail était en tout conforme au premier, si on devait le considérer comme une répétition pure et simple du premier bail écrit, la difficulté serait assez facilement résolue. On devrait se reporter au bail écrit ayant date certaine, et comme, par le seul fait de l'occupation des lieux, continuée par le locataire après le premier bail, il y aurait rénovation de la même convention, on ne pourrait hésiter à accorder au bailleur un privilége pour les loyers échus et pour les loyers à échoir.

Mais ce qui rend la solution difficile, c'est que la tacite réconduction ne renouvelle l'ancien bail que pour certaines clauses, et pas pour toutes. En effet il est bien vrai que le prix porté par l'ancien bail et les époques de payement continuent à être les mêmes. Il est vrai aussi que les autres clauses qui sont de la nature du contrat de bail sont répétées dans la réconduction; mais il n'en est pas ainsi de la durée de cette réconduction, ni des clauses extraordinaires que contenait le premier contrat [2].

Et en effet, on voit par les lois romaines que, si le locataire a donné une caution par le premier bail, cette caution n'est pas censée continuer dans la réconduction; car pour cela il faudrait son consentement [3].

On voit aussi que le bail des héritages ruraux n'était présumé renouvelé que pour un an, et que, quant aux maisons, le locataire n'était tenu des loyers que pour le temps qu'il les avait occupées [4].

C'est aussi dans ces idées qu'ont été conçues les dispositions du Code civil.

L'art. 1738 dit : « Si, à l'expiration des » baux écrits, le preneur reste, et est laissé » en possession, il s'opère un nouveau bail » dont l'effet est réglé par l'article relatif » aux locations faites sans écrit. »

Et à l'art. 1759, où il s'agit des baux de maisons, on voit que le locataire est censé occuper la maison aux mêmes conditions que dans le bail précédent, mais *pour le terme fixé par l'usage des lieux.*

Donc la durée du bail n'est plus la même.

A l'égard des baux ruraux, la réconduction est censée faite pour le temps qui est nécessaire, afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé [5] : ce qui offre une nouvelle preuve que l'ancien bail est modifié.

Nonobstant toutes ces raisons, j'estime que l'on doit appliquer au cas de réconduction les mêmes principes qu'aux baux authentiques.

Voici mes raisons de décider.

Un des principaux motifs qui, pour les loyers à échoir, a fait restreindre à une année le privilége du locateur qui ne peut représenter qu'un bail privé de date certaine, c'est la facilité que peuvent avoir le propriétaire et le colon de se concerter ensemble pour exagérer le nombre des années à courir.

Ici cette raison disparaît tout à fait. Car d'une part le prix est fixé par le bail authentique qui a précédé, et qui à cet égard continue à faire la loi des parties; de l'autre la durée du bail est déterminée par l'usage des lieux ou par la nécessité de l'exploitation.

Rien n'est donc laissé à la mauvaise vo-

---

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 42. — *Voy.*, dans ce sens, Brux., 7 déc. 1839. La cour de Liége par arrêt du 5 nov. 1838, et la cour de cass. de Paris par arrêts des 28 juillet 1825 et 6 mai 1835, ont jugé la même chose. (Grenoble, 28 déc. 1838. Sirey, t. 39, 2e part., p. 356. *Sic*, Duranton, t. 19, n° 92; Zachariæ, *Droit civ. fr.*, t. 2, § 261, note 12.) — *Jugé au contraire* que le propriétaire n'a pas privilége pour les loyers échus lorsque le bail est sous signature privée, sans date certaine. (Bordeaux, 17 déc. 1839.) Sirey, t. 40, 2e part., p. 202. *Sic*, Tarrible, *Rép.*, v° *Privilége*, sect. 3, § 2, n° 5; Favard, *eod. verb.*, sect. 1, § 2, n° 4; Grenier, n° 309; Persil, *Rég. hyp.*, article 2102, nos 14 et 15; Coulon, t. 2, p. 81, dial. 54. — Le bailleur a privilége pour les loyers échus alors même que le bail est purement verbal. Douai, 29 août 1842. Sirey, 2e part., p. 416.

[2] Brodeau, art. 161, n° 20, Paris. Ferrières, art. 171; Paris, n° 35, glose 1. Pothier, *Louage*. Merlin, *Répert.*, v° *Tacite réconduction*.

[3] L. 13, § 11, Dig. *locat. cond.* L. 5, C. *de locat.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 547, n° 3.

[4] L. 13, § 1, *loc. cond.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 546, n° 79.

[5] Art. 1774, 1776.

té des parties, et la collusion ne paraît s avoir de prise.

Ainsi, Titius a occupé pendant cinq ans, en vertu d'un bail authentique, une rme composée de terres labourables divisées en cinq soles. A l'expiration des cinq ans, bail continue par tacite réconduction. tius laisse écouler deux ans sans payer. r ces entrefaites, des créanciers saisissent t le mobilier de Titius. Je pense que le opriétaire sera payé, par préférence, des ux années antérieures qui lui sont dues, des trois années à échoir. Car, y ayant nq soles ou saisons, le bail a été censé ntinuer pour autant d'années que de soles ode civ. 1774) [1].

Telle n'est pas cependant l'opinion qui a évalu devant la cour de Bordeaux. Par rêt du 12 juin 1825 [2], cette cour a cidé que le propriétaire à qui il est dû des yers, par suite de tacite réconduction, n'a s de privilége pour les loyers *échus :* qu'il n a un que pour une année à partir de nnée courante. Mais cet arrêt me paraît al rendu. Il est d'ailleurs fondé sur le faux incipe que le bail verbal ne donne pas de ivilége pour les loyers *échus* (*supra,* 156).

158. Je vais parler maintenant du privilége sur les fruits.

Le propriétaire a privilége sur les fruits *l'année* produits par l'immeuble pour les yers non acquittés. Ce privilége n'est pas ndé seulement sur l'occupation, comme le ivilége sur les meubles. Il repose encore r le droit de propriété, car les fruits n'appartiennent en quelque sorte au fermier que luto pretio; et tant que le canon de l'année n'est pas payé, le locateur est censé propriétaire *jure soli* [3].

Le privilége s'étend aussi bien sur les *fruits pendants de l'année que sur les fruits récoltés* [4]. On ne serait pas admis à dire que les fruits pendants sont immeubles, d'après l'art. 520 du Code civil. Car la qualification d'immeubles, donnée aux fruits pendants par racine, doit être restreinte en général aux cas de successions et autres semblables, dont elle doit régler les effets. C'est pourquoi ces fruits peuvent être saisis comme objets mobiliers, pourvu que la saisie soit faite dans un temps voisin de la récolte, et en se corformant à l'usage des lieux [5].

Je crois que parmi les fruits de la récolte on doit comprendre les *vins* qui en proviennent. Car, quoique la confection du vin ne puisse avoir lieu que par des procédés industriels, néanmoins, la destination des fruits d'une vigne étant d'être immédiatement convertis en vin, la véritable récolte est moins le raisin que le vin, qui en est le produit. Aussi dit-on grammaticalement : *la récolte des vins a été abondante.* Car les vins sont une récolte.

159. D'après les termes formels de l'article 2102, il semble que le propriétaire n'a de privilége que sur les fruits de l'année. Cependant il y a un moyen de recourir sur les fruits encore existants des années précédentes. C'est de les saisir comme objets mobiliers garnissant la ferme. Tous les auteurs sont univoques à cet égard.

Il semble, au premier coup d'œil, résulter de là que le Code civil a fait une chose illusoire en limitant le privilége aux fruits de

---

[1] Cette opinion n'est pas à l'abri d'une objection ave, et nous préférerions l'autorité de l'arrêt de Borux qui n'accorde, sur les termes à échoir, de privilége e pour une seule année à partir de l'année courante; utefois en admettant aussi le privilége pour tout ce qui est dû sur les années échues, d'après la décision, en ce point, de l'arrêt de cassation du 28 juillet 1824.

Cette objection la voici : si dans le cas de réconduction tacite des biens affermés, il pouvait y avoir lieu à prendre en considération le mode d'assolement de la ferme, l'usage des lieux sur la culture, pour étendre le privilége à plus d'une année à partir de l'expiration de l'année courante, il devrait en être de même, à plus forte raison, pour le bail privé de date certaine, parce que ce n'est pas le bail, mais l'usage, qui détermine la division des assolements : il en conste donc par la nature même la terre affermée; et cependant le texte de l'art. 2102 est si formel pour restreindre le privilége à une seule année, qu'il serait impossible de vouloir l'étendre au delà, sous prétexte de cette division de la culture par assolements. (*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Sirey, t. 26, 2e part., p. 179.

[3] Théorie inexacte et qui pourrait, dans l'application, entraîner à de fausses conséquences. Il n'est pas vrai que le locateur soit censé propriétaire *jure soli* des fruits, tant que le loyer n'est pas payé. Nous nous bornerons à opposer ici Troplong à lui-même, quand il dit, no 116 *supra :* S'il était propriétaire, il n'aurait pas de privilége; car nul n'a de privilége à réclamer sur sa chose. C'est l'erreur dominante dans le système de Troplong, d'asseoir le privilége sur un prétendu droit de propriété. *Voy.* la note sur le no 63 *supra.* (*Note de l'éditeur belge.*)

[4] Le privilége ne s'étend pas aux simples engrais, tels que poudres végétatives. Caen, 28 juin 1837.

[5] Ferrières, art. 171, Cout. de Paris, nos 19 et 20. Merlin. *Privilége,* art. 626 du Code de procéd. Lettre du ministre de la justice du 11 prairial an 13. Sirey, t. 5, 2e part., p. 240.

l'année, puisque par une voie indirecte, mais non moins sûre, il peut frapper les fruits des années précédentes.

Néanmoins, il y a une différence entre le privilége sur les fruits de l'année et celui qui s'exerce sur les fruits des années précédentes. C'est que le droit du propriétaire se perd sur ceux-ci, lorsqu'ils ont cessé de garnir la ferme, sauf à lui à exercer la revendication dont je parlerai plus bas, et qui est limitée à un temps assez court. Au contraire, quand le propriétaire se venge sur les fruits de l'année, il n'est pas nécessaire qu'ils garnissent la ferme; il suffit qu'ils soient en la possession civile du fermier, quoique hors des bâtiments d'exploitation. Je reviendrai plus tard sur cette distinction.

160. Le privilége sur les fruits appartient au sous-fermier, ou à l'usufruitier, ou à tout autre individu, étant aux droits du propriétaire (*supra*, 152) [1].

Le bailleur, muni d'un bail authentique ou sous seing privé ayant date certaine, peut faire saisir les fruits de l'année, non-seulement pour les fermages courants, mais pour ceux déjà échus et à échoir [2].

A l'égard de celui qui n'a qu'un acte sous seing privé, appliquez ce qui a été dit au n° 156.

Et dans le cas de tacite réconduction, voy. n° 157.

161. *De la revendication et du droit de suite.* Malgré la grande règle du droit français « *que les meubles n'ont pas de suite* [3], le locateur est tellement favorable aux y[eux] de la loi, qu'on a cru juste de faire une [ex]ception en sa faveur et de lui donner [le] droit de revendiquer, dans un certain dé[lai], les meubles *déplacés sans son consentem[ent]*; ce délai est de quarante jours, quand il [s'a]git du mobilier qui garnit une ferme, et [de] quinze jours, quand il s'agit du mobi[lier] garnissant une maison. La revendication [est] un moyen de conserver le privilége qui [é]chappe, et de ramener la chose grevée [aux] conditions de possession nécessaires [pour] que le droit réel s'y exerce avec fruit. [Il] suit la chose pour l'arracher des mains [du] tiers qui fait obstacle au privilége, et [pour] la replacer dans son ancien état. Ce [droit] est très-précieux; mais pour qu'il ne n[uise] pas au commerce des meubles, il devait [être] restreint à un temps assez limité. Ce t[emps] court à compter du *déplacement* [4].

162. Puisque le locataire ne peut d[épla]cer des meubles sans le consentement [du] propriétaire, on doit dire qu'il ne peu[t les] vendre, même de bonne foi, sans ce [con]sentement; et que, s'il les vend, le [pro]priétaire est autorisé à les revendiquer [en] mains tierces. C'est ce qu'enseignait Du[mou]lin [5]. Ce jurisconsulte pensait que le d[roit] de suite et de préférence avait lieu en [fa]veur du propriétaire, *etiam contra emp[torem] bonæ fidei, modo intra breve tempus et r[ebus] exstantibus;* doctrine professée aussi par l[...]

[1] Ce n'est pas au *sous-fermier*, mais au *sous-locateur* qu'il faut dire. (*Note de l'éditeur belge.*)

Le journalier préposé par un colon partiaire à la culture de l'héritage, peut se faire payer par privilége sur les fruits, au préjudice tant du colon que du propriétaire, encore qu'il n'ait pas réclamé au fur et à mesure l'acquittement de ses journées. (Cass., 24 juin 1807.)

[2] Ferrières, art. 171. Paris, glose 1, n°s 21 et suiv. *Supra*, n°s 154 *bis* et 155.

[3] La règle est que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. Il n'y a donc rien de contraire dans le droit de revendication. (*Note de l'éditeur belge.*)

[4] Persil, *Comm.*, 17, 36. Delvincourt, t. 8, p. 115, notes. Dalloz, v° *Hyp.*

La règle, d'après laquelle le privilége du bailleur sur tout ce qui garnit la maison louée s'évanouit par le déplacement des objets soumis au privilége, lorsque ce déplacement s'opère par le locataire ou un tiers, même sans le consentement du bailleur qui ne revendique pas dans le délai légal, reste sans application, lorsque le déplacement est le fait des syndics d'une faillite, agissant comme mandataires de tous les créanciers indistinctement privilégiés ou chirographaires, et pour se conformer aux prescriptions de la loi. Code civ., art. 2102, n° 2. (Cass., 2 fév. 1843.)

La cour, dans un de ses considérants, fait remarquer que les syndics étant chargés par la loi de procéder à la confection de l'inventaire des biens du failli, etc., l[es ef]fets mobiliers sur le prix desquels le privilége du [bail]leur doit s'exercer sont constatés; que par suite il [n'y a] pas nécessité qu'il forme opposition au déplacement [et à] la vente opérés dans l'intérêt de tous les créanciers [en] exécution des dispositions de la loi, ou une revendi[cation] qui aurait pour effet d'entraîner une saisie et la vent[e des] objets avec toutes les formalités judiciaires au détri[ment] de la masse. Cette économie du temps et des procé[dures] est, en effet, la pensée qui a dirigé le législateur, [ainsi que] s'en est exprimé Treilhard, dans son *Exposé des m[otifs]* des chap. 9, 10 et 11 du tit. 1er, liv. 3, du Code de co[mmerce]. « On n'a jamais perdu de vue dans le projet, disait-[il, ce] grand principe qu'il faut être économe du temps e[t des] procédures : c'est surtout dans le commerce q[ue la] prompte rentrée des fonds est désirable; un paye[ment] tardif n'est jamais un payement complet. Aussi a-t-[on] pris les mesures nécessaires pour que les premiers re[cou]vrements fussent employés sans délai au payement [des] créanciers privilégiés; le privilége assure la préfé[rence] dans les payements; personne n'a le droit de les re[tar]der, quand le privilége est une fois reconnu ou jugé[; s'il] y a difficulté sur son existence, c'est à la justice à pro[non]cer. » (Locré, t. 12, p. 251, édit. de la Soc. typ. V. a[ussi] Pardessus, *Cours de droit comm.*, n° 1261; Bou[lay-]Paty, n° 230; Brux., arrêt du 13 juillet 1826.)

[5] Art. 125, Cout. du Bourbonnais.

i, sur l'art. 170 de la cout. de Paris, disait le droit de suite était fondé sur deux sons : la première, que les meubles sont lement affectés au payement des loyers, le fermier ne peut les transporter ailrs *sans le congé du propriétaire, sous le voir duquel ils sont;* la seconde, que s'il transporte à son insu, il commet en lque sorte un larcin [1].

Je sais que ces principes ne sont pas ceux tous les auteurs, et notamment de *Bac*[2], de *Brodeau* [3], de *Ferrières* [4], de *nage* [5], Ces auteurs disent que l'opinion Dumoulin conduirait à un résultat fâux en ce qu'un locataire ne pourrait pas ervir de son bien, et qu'il n'y aurait perne qui voulut acheter de ses meubles. Ils ment donc que le locataire peut vendre meubles avec liberté, pourvu que la te ne soit ni frauduleuse ni faite clandesement, et qu'elle ait lieu en plein jour et vue de chacun.

renier adopte ce dernier sentiment dans *Traité des hypothèques* [6]. Pour moi, e puis le partager. Le Code me paraît ement formel, que je conçois difficilet comment il pourrait se plier à l'intertation que Grenier veut lui adapter, en ervant de doctrines puisées dans des aurs anciens. Il faut y faire attention! les sconsultes que j'ai cités tout à l'heure ivaient sous l'empire de la coutume de is, dont les termes étaient loin d'être si explicites et aussi ponctuels [7] que t. 2102 du Code civil. Ils ont donc pu andonner à des divergences de doctrines un point livré à la discussion. Mais nous avons sous les yeux un texte positif, il nous est pas permis de nous en écarter.

Or le Code parle d'un *déplacement quelconque :* c'est ce que prouve la généralité de ses termes. Peu importe donc que ce déplacement soit le résultat d'un simple changement ou d'une vente. Le propriétaire ne doit pas en souffrir [8].

Quant à la raison que l'on donne, que ce serait empêcher le locataire de contracter librement, elle n'est pas d'un grand poids. Car l'acquéreur peut avertir le propriétaire locateur; et d'ailleurs, le temps de la revendication est si court, qu'on ne peut être longtemps inquiet et en suspens [9].

163. J'ai dit que, pour qu'il y eût lieu à revendication, il faudrait que les meubles eussent été déplacés *sans le consentement* du propriétaire locateur.

Mais ce consentement peut être donné expressément ou tacitement, et je crois que la simple connaissance du transport des meubles, sans réclamation de la part du propriétaire, suffirait pour lui interdire le droit de réclamer.

Toutes les fois que les meubles sortent de chez lui, *eo sciente,* ils cessent de lui servir de gage et de nantissement; et, partant, il n'y a ni droit de suite, ni privilége [10].

Ainsi le propriétaire qui, *avec connaissance,* aurait laissé son locataire sortir de chez lui à l'expiration du bail, et qui n'aurait mis aucun obstacle à l'enlèvement des meubles, ne pourrait plus exercer de recours contre ces objets.

Ainsi, encore, un propriétaire qui sait que les objets qui garnissent sa maison sont destinés par leur nature à être vendus, comme, par exemple, des marchandises, ne peut les revendiquer lorsqu'elles sont livrées à l'acquéreur. On ne peut pas dire

---

[1] Le droit de suite accordée par le § 1er de l'art. 2102, s'étend pas aux marchandises formant l'objet d'un merce. (Brux., 28 juillet 1831; *J. de Brux.*, 1831, part., p. 418, *J. du 19e s.* 1831, 3e part., p. 175.)

[2] *Droits de justice*, ch. 21, no 229.

[3] Art. 161, no 1.

[4] Art. 171, glose 2, nos 12 et suiv.

[5] Chap. 14, p. 70.

[6] Grenier, no 311. Je dois remarquer ici que Gre est sur ce point en contradiction avec lui-même. is en effet, no 310, *in fine :* « A l'égard des fruits réoltés, s'ils n'étaient plus en la possession du fermier, propriétaire ne pourrait les revendiquer *entre les mains d'un tiers qui les aurait acquis de bonne foi, à la différence des meubles qui garnissaient la maison ou ferme.* » Donc on peut revendiquer les meubles en les mains du tiers qui les aurait acquis de bonne foi. C'est ce qui résulte de ce passage. Mais, à la page suivante, je lis précisément tout le contraire. « Le locataire » n'est pas interdit de vendre les meubles et d'en dispo» ser : et *celui qui les aurait achetés de bonne foi ne se» rait pas obligé* de les rétablir. » Cette inadvertance est échappée sans doute à l'estimable écrivain; mais j'ai cru devoir la relever.

[7] Auzanet a fait remarquer le peu de précision des termes de la coutume.

[8] *Voy.* cependant, pour le cas où la vente aurait été faite avec l'assentiment tacite ou exprès du propriétaire, *infra*, nos 163 et 165.

[9] Cette opinion ne devrait, dans tous les cas, être admise qu'avec une importante modification, quant aux marchandises qui garnissent un magasin; car par la destination primitive du magasin loué, le locateur doit savoir *ab origine* qu'il y a lieu à un déplacement continuel qui est de la nature même du commerce auquel le magasin est destiné. (*Note de l'éditeur belge.*)

[10] Ferrières, art. 171, glose 2, no 13, p. 1261.

qu'elles aient été déplacées sans le consentement du locateur [1].

164. On demande si le locataire ou le fermier peut enlever quelques-uns des objets qui garnissent la maison ou la ferme, lorsque ce qui reste est *plus que suffisant* pour assurer le payement des loyers *échus* et *à échoir*. Un arrêt de Paris, du 2 octobre 1808, a jugé que ce déplacement ne pouvait avoir lieu, par la raison que *tous* les meubles sont affectés au privilége [2].

C'est aussi le sentiment adopté par la cour de Poitiers, dans un arrêt du 28 janvier 1819 [3].

Mais cette opinion est trop sévère. Elle est en opposition avec un arrêt de la cour de Bourges, confirmé par arrêt de cassation, du 8 décembre 1806 [4]. Elle exagère la loi qui, se contentant de veiller à l'intérêt du propriétaire, sans vouloir gêner le locataire, ne demande à celui-ci que de garnir les lieux de meubles *suffisants* [5].

165. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir si l'on peut revendiquer les *fruits* de la ferme.

Persil [6] et Tarrible [7] pensent que le privilége sur les fruits cesse tout à fait si le fermier ne les a plus en sa possession, ou vient à les vendre; qu'on rentre alors dans la règle que *les meubles n'ont pas de suite*. Ils se fondent sur le texte des art. 2102 du Code civil, et 819 du Code de procédure qui, en accordant le droit exorbitant de revendication, ne parlent que des *meubles* qui garnissent la maison ou la ferme, et ne mentionnent pas les *fruits*.

Favard est d'une opinion contraire [8]. Voici le résumé de son argumentation :

L'art. 2102 donne au propriétaire le droit de revendiquer *les meubles* qui garnissent la ferme. Or, d'après l'art. 520 du Code civil, les fruits détachés du sol sont meubles, et ils garnissent les bâtiments ruraux. L'article 533 n'est pas applicable ici. Car, si on voulait le prendre à la lettre, il s'ensuivrait qu'on ne pourrait saisir ni les instruments aratoires ni les bestiaux, qui font la principale garantie du propriétaire. Tel n'est pas le sens de l'art. 2102, dans le dernier paragraphe du n° 1 ; il emploie le mot *mobilier* comme synonyme de *meubles*. Or, d'après l'art. 535 du Code civil, le mot *mobilier* embrasse toute espèce de meubles, et par conséquent les fruits. De plus, il est certain que ces fruits *garnissent* la ferme (*supra*, 159). Par destination naturelle, ils sont ce qui garnit les greniers, fenils, celliers, etc. La revendication peut donc s'exercer sur eux de même que sur les meubles meublants [9].

Cette dernière opinion paraît devoir prévaloir. Car si les partisans de l'opinion de Persil et Tarrible s'appuient sur la signification du mot *meubles* employé dans les art. 2102 et 819, ceux qui admettent l'opinion de Favard peuvent tirer un égal avantage du mot *mobilier* dont se sert l'art. 2102 dans la partie finale du n° 1, et qui tranche la question en leur faveur.

On ne conçoit pas aisément d'ailleurs pourquoi le propriétaire aurait le droit de revendication pour les meubles, et pourquoi ce droit lui serait retiré pour les fruits. Il a le même intérêt à ce que les fruits ne soient pas déplacés à son préjudice. Ils sont souvent sa seule garantie.

Delvincourt a cependant donné une raison spécieuse à l'appui du sentiment de Persil et de Tarrible [10]. « Les fruits étant destinés, » dit-il, à être vendus par le fermier, il faut » bien qu'il y ait sûreté pour l'acquéreur. » En conséquence le locateur n'aurait pas » droit de les revendiquer contre lui. » Je suis aussi de cet avis, et je pense que le droit de revendication ne pourrait pas s'exercer *en cas de vente* [11]. Mais pour quel motif? Ce n'est pas parce que les art. 2102 et 819 s'opposent en général à la revendication des *fruits* de la chose affermée ; c'est parce que, s'agissant de choses dont la destination est d'être livrée au commerce, le locateur ne peut pas dire qu'elles ont été déplacées sans son consentement (*supra*, 163). Il est au contraire censé y avoir acquiescé d'avance; car il a su que son fermier ne pourrait

[1] Delvincourt, t. 8, p. 115. *Infra*, nos 165 et 165 *ter*.

[2] Sirey, t. 7, 2e part., p. 30. Dalloz, vo *Hyp.*, p. 43, note.

[3] Dalloz, vo *Hyp.*, p. 43.

[4] Dalloz, *loc. cit.*

[5] Art. 1752 du Code civ. *Voy.* Persil, *Comm.*, art. 2102, § 1, no 4. Favard, *Répert.*, vo *Saisie-Gagerie*. Dalloz, vo *Hyp.*, p. 37.

[6] *Loc. cit.*, no 5.

[7] Merlin, *Répert.*, vo *Privilége*, sect. 5, § 2, no 7.

[8] *Répert.*, vo *Saisie-Gagerie*, no 2.

[9] Dalloz adopte cette opinion, vo *Hyp.*, p. 37 et suiv., no 26.

[10] T. 5, p. 274, notes, no 8.

[11] Lyon, 24 fév. 1836. Sirey, 2e part., p. 414.

payer le canon qu'en vendant les fruits de l'immeuble.

L'objection de Delvincourt porte donc à faux. Elle est sans application pour tous les autres cas où le déplacement a eu lieu sans qu'il y ait eu vente, et sans qu'on puisse supposer un acquiescement tacite du propriétaire [1].

165 *bis*. Au surplus, puisqu'il s'agit ici de déplacement, je rappellerai une distinction que j'ai faite ci-dessus entre les *fruits de l'année* et les *fruits des années précédentes* (*supra*, 159). Le privilége sur ceux-ci est subordonné à la condition qu'ils garniront la ferme, tandis que le privilége sur les *fruits de l'année* ne dépend pas de cette condition. Si donc les fruits des années précédentes étaient transportés hors de la ferme, le propriétaire ne pourrait conserver son privilége qu'en exerçant la revendication. Mais quant aux fruits de l'année, peu importe qu'ils soient déplacés. Tant que le fermier n'en a pas perdu la possession, la revendication est inutile.

Par exemple, Basnage se demande si, lorsqu'un fermier loue une grange hors de sa ferme pour emmagasiner les récoltes, le maître de la ferme peut suivre les fruits dans cette grange, et y exercer son privilége (cap. 9, *Hyp.*).

Je réponds en faisant une distinction.

Ou il s'agit des fruits des années précédentes, ou il s'agit des fruits de la récolte de l'année.

S'il s'agit des fruits des années précédentes, qui ont été déplacés et transportés hors de la ferme, comme le privilége n'a lieu sur ces objets qu'en tant qu'ils garnissent les lieux, il s'ensuit que le propriétaire devra s'empresser d'en faire la revendication dans les quarante jours, sans quoi son privilége s'évanouira.

Mais s'il s'agit des fruits de l'année, comme la même condition n'est pas prescrite, et que l'engrangement dans les bâtiments loués hors de la ferme n'ôte pas au fermier la possession des récoltes, le privilége pourra s'exercer sans difficulté ; il ne sera pas même nécessaire d'exercer une action en revendication. Car cette action est un remède introduit pour empêcher le privilége de s'éteindre ; et ici le privilége n'est pas même compromis. C'est à quoi ne paraît pas avoir fait assez d'attention un arrêt de la cour de Poitiers, du 30 décembre 1823 [2]. Dans l'espèce de cette décision, les fruits de l'année avaient été transportés dans une grange voisine, attendu que la ferme ne contenait pas de bâtiments. La cour pensa que le propriétaire avait perdu son droit de suite et que le déplacement était censé avoir eu lieu de son consentement. C'était mal envisager les choses. Il ne s'agissait pas de l'exercice du droit de suite, puisque la chose n'était pas sortie de la possession du fermier, et que son déplacement matériel n'était d'aucune importance.

Toutefois et quant au fond, cet arrêt n'a fait aucun grief au propriétaire, et voici pourquoi. Le propriétaire de la ferme se trouvait en concours avec le propriétaire de la grange, qui, réclamant des loyers qui lui étaient dus, avait fait saisir les objets garnissant cette grange. Or ce dernier n'était pas obligé de savoir que les fruits qu'on emmagasinait chez lui étaient grevés du privilége du propriétaire de la ferme, non payé de ses fermages. Aucune notification ne lui avait été faite. Il avait donc dû considérer les récoltes transportées chez lui comme son gage, et la préférence lui appartenait sur le propriétaire de la ferme [3], avec d'autant plus de raison qu'ayant prêté ses greniers pour conserver la récolte, il avait fait chose utile à tous ceux qui avaient des droits à exercer sur elle. C'est en définitive ce qu'a jugé la cour de Poitiers. Mais les motifs qui l'ont amenée à ce résultat me paraissent mauvais [4], et, tout en arrivant au but, elle s'est égarée en route.

165 *ter*. Quoi qu'il en soit, les propriétaires de ferme qui ont des craintes sur la solvabilité de leurs fermiers, devront être fort attentifs à l'exercice de leur privilége et

[1] Lorsque des terres sont données à ferme sans bâtiments d'exploitation, cette circonstance peut altérer le privilége du propriétaire, en ce que, si le fermier transporte les fruits dans les bâtiments qu'il tient à ferme d'un autre propriétaire, les fruits sont dès lors affectés au privilége du bailleur des bâtiments, par préférence au privilége du bailleur des terres. Le bailleur des terres ne peut saisir-revendiquer les fruits, comme déplacés sans son consentement dans le sens des art. 2101, Code civ., et 819, Code de procéd. (Poitiers, 30 décembre 1823.)

[2] Dalloz, vo *Hyp.*, p. 39.

[3] Basnage, chap. 9. Grenier, *Hyp.*, no 312. Delvincourt, t. 8, p. 11, notes.

[4] Toutefois, l'arrêt serait bien motivé si l'année était expirée ; car ce ne seraient plus alors des *fruits de l'année*. *Infra*, no 165 *ter*, *in fine*. Mais il m'a semblé que dans l'espèce il s'agissait des *fruits de l'année*.

de leur droit de revendication. Pour cela il faut qu'ils se pénètrent bien des modifications que peuvent éprouver les prérogatives que la loi leur accorde.

Il arrive souvent dans les fermes peu considérables, et lorsque les terres sont très-divisées, que les immeubles donnés à bail manquent de locaux suffisants pour conserver les récoltes. Le fermier est alors obligé de louer des bâtiments pour les emmagasiner. Nous en avons vu un exemple au numéro précédent, et déjà Basnage avait prévu la possibilité de ce cas [1].

Le propriétaire de la ferme devra d'abord veiller à la conservation de son droit en ce qui concerne le locateur des greniers; il devra exiger de son fermier qu'il acquitte exactement les loyers dus à celui qui fournit des logements aux récoltes. Une signification faite à ce dernier dans le but de le prévenir que les choses déposées chez lui sont déjà affectées d'un privilége au profit du propriétaire, ne serait probablement pas suffisante [2]; le locateur des granges ou magasins pouvant toujours aspirer à la préférence comme *conservateur* des récoltes qui, sans l'abri qu'il leur a donné, auraient péri sur la place [3].

Le propriétaire qui voudra conserver son privilége intact, devra donc, s'il a des craintes, s'empresser de faire saisir-gager les fruits, alors qu'ils seront sur ses terres. Il évitera par là le concours du locateur qui aurait conservé sa chose.

Ce n'est pas tout.

Supposons que le fermier soit en règle avec celui qui a loué les granges et magasins dont manque la ferme. Sans doute, tant que l'année ne sera pas écoulée, le propriétaire des terres données à bail pourra aller y chercher les fruits [4] et se payer sur eux par privilége. Car les fruits de l'année ne doivent pas nécessairement *garnir* la ferme pour servir de gage au propriétaire.

Mais si l'année s'écoule sans que celui-ci ait donné cours à son action, les fruits rentreront dans la classe des meubles ordinaires; d'où il suit que, ne garnissant pas la ferme, ils seront dégagés du privilége, et le propriétaire n'aura de droits que comme créancier cédulaire. Il ne pourra saisir les fruits qu'à la condition d'y venir par contribution.

Vainement parlerait-il de revendication. Elle n'a lieu que dans le délai de quarante jours à compter du déplacement: et si l'année est expirée, il y aura plus de quarante jours.

De plus la revendication n'a lieu que lorsque les choses ont été déplacées *sans le consentement du propriétaire*. Or ici il y a un consentement tacite. Le propriétaire savait que sa ferme n'avait pas de bâtiments; il savait qu'on ne pouvait conserver les fruits qu'en les déplaçant; ne les ayant pas saisis tout de suite, il a donc acquiescé à ce qu'ils fussent conservés pour une époque ultérieure, et par conséquent déplacés. La revendication est donc impossible.

166. J'ai parlé ailleurs des rapports du locateur avec les autres privilégiés. Je ne reviendrai pas sur cette matière. Mais comme notre article s'occupe spécialement de la concurrence du propriétaire avec le fournisseur ou réparateur d'ustensiles, le vendeur de semences, et le créancier des frais de récolte, je m'y arrêterai un moment.

Notre article veut que ce qui est dû pour les semences et pour les frais de récolte de l'*année* soit payé sur la récolte par préférence au propriétaire de la ferme.

---

[1] *Hyp.*, chap. 9. Grenier, *loc. cit.*

[2] *Supra*, no 150. Dalloz, vo *Hyp.*, p. 34, pense que la signification suffirait.

[3] Delvincourt, t. 8, p. 13. Art. 191, Code de comm., nos 4 et 8.

Cette saisie-gagerie ne suffira pas toujours pour conserver le privilége, car la saisie-gagerie n'est autorisée que pour les loyers échus. Cependant le privilége s'étend aussi sur les loyers à échoir, si le bail a date certaine. Le propriétaire n'aura donc pas de moyen, dans ce cas, d'éviter non-seulement *le concours*, comme s'exprime Troplong, mais la *préférence* du locateur des greniers.

Il n'y a pas lieu d'ailleurs, de manifester tant de sollicitude pour le privilége du propriétaire-bailleur dans l'hypothèse admise de terres louées sans locaux suffisants pour la conservation des récoltes; car le propriétaire doit connaître la loi, et savoir qu'à défaut par lui de pourvoir à ces locaux, il diminue son gage par son fait ou sa négligence. Il a encore un autre moyen de prévision que lui fournit la loi et qu'il doit s'imputer de ne pas avoir observé. L'art. 1767 porte que le preneur de bien rural est tenu d'engranger dans les lieux à ce destinés par le bail. Il n'a qu'à contracter lui-même pour la location de ces locaux, et il s'en récupérera nécessairement, par une majoration équivalente dans le prix du bail de la ferme. Il n'aura plus rien à craindre alors pour la diminution de son gage privilégié. (*Note de l'éditeur belge.*)

[4] Non pas par *saisie-gagerie*; car on ne peut saisir-gager que ce qui est dans la ferme ou sur place (art. 819, Code de procéd.). Et ici il s'agit de choses sur lesquelles le locateur n'a pas de gage tacite, puisque les fruits sont hors de la ferme. Son droit privilégié dérive *ex jure soli* (*supra*, 158). Mais, à défaut de saisie-gagerie, il pourra faire une saisie mobilière dans les formes ordinaires.

Cela est conforme à l'ancienne jurisprudence.

Ricard [1] cite un arrêt du parlement de Paris, du 8 mars 1608, qui décide que celui qui a livré des semences est préférable au propriétaire sur le blé en provenant. Il y a, pour le cas de vente des semences, une raison d'équité si forte qu'on ne s'arrête pas à la question de savoir si, la chose vendue ayant perdu son espèce primitive pour se convertir en une nouvelle, le privilége est éteint [2].

Pothier dit cependant [3] que le privilége de celui qui a fourni les semences ne marche qu'après les *seigneurs des métairies*. Mais il est probable que ce n'était là qu'un usage particulier au ressort de la coutume d'Orléans.

Quant aux journaliers employés pour les récoltes, et aux valets de labour, ils avaient également privilége dans l'ancienne jurisprudence pour leurs journées et leurs salaires, et ils étaient préférés au propriétaire [4].

Dans quelques juridictions, les bourreliers, maréchaux, charrons, prétendaient des droits sur la récolte pour les fournitures qu'ils avaient faites au laboureur : mais la dernière jurisprudence proscrivit avec raison leurs prétentions [5]. Le privilége fut restreint aux gens de labour. Il y a aujourd'hui mêmes motifs de décider.

§. Les sommes dues pour ustensiles sont aussi privilégiées par préférence au propriétaire, sur les ustensiles garnissant la ferme.

Je pense qu'il s'agit uniquement ici des ustensiles aratoires et servant à l'exploitation ; en un mot de ce que les Romains appelaient *instrumentum fundi*.

Ce qui me fait croire que le législateur n'a voulu parler que de ce genre d'ustensiles, et point des ustensiles de ménage, c'est d'abord qu'il s'en explique dans le même paragraphe que celui où il parle du privilége des semences et des récoltes, comme pour englober dans une seule idée tout ce qui procure la récolte des fruits.

Ensuite on ne voit pas comment les ustensiles de ménage auraient mérité une faveur plus particulière que tous les autres meubles garnisant la maison ou la ferme. Au contraire, il est facile de concevoir ce qui a pu porter le législateur à favoriser le créancier de sommes dues pour les ustensiles d'exploitation. Car ces ustensiles procurent au propriétaire la récolte des fruits sur laquelle il a un privilége. Il est donc tout simple que celui qui a vendu une charrue au fermier, soit préféré sur cette charrue au créancier des fermages, quand même ce dernier aurait ignoré la vente. Mais lorsqu'il s'agit de ventes ou fournitures d'ustensiles de ménage, dont le propriétaire locateur ne reçoit aucun avantage indirect, et qui ne sont autre chose qu'un gage garnissant la maison ou la ferme, on doit, ce me semble, rentrer dans le droit commun.

Ceci posé, je reviens à la définition du mot *ustensiles*. La loi 8, au Dig. *de inst. vel inst. legato*, la donne d'une manière précise : « *In instrumento fundi ea qua fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, Sabinus evidenter enumerat.* » Par les détails dans lesquels entre ensuite la loi, on voit que l'on doit comprendre dans la définition du mot *ustensile*, les charrettes, et *si qua similia dici possunt* [6].

167. Puisque je parle de quelques préférences accordées par la loi sur le locateur, je dois dire un mot d'une question que les auteurs anciens n'ont pas manqué d'indiquer.

C'est de savoir si, lorsque le locataire quitte une maison qu'il occupait à loyer et transporte ses meubles chez un autre locateur, ce dernier locateur doit être préféré au précédent pour le payement de ce qui est dû.

Bacquet dit que le second propriétaire doit être préféré au premier, parce qu'il a

---

[1] Sur Paris, art. 171.

[2] Quant à l'ancien droit *Voy.* Basnage, *Hyp.*, chap. 14, p. 69. — Le privilége accordé par l'art. 2102, Code civ., sur le prix des ustensiles du fermier, aux sommes dues pour achat ou réparation de ces ustensiles, ne peut être exercé sur le prix des récoltes, lesquelles sont affectées par privilége aux sommes dues pour frais de semences ou de récoltes ; on ne peut considérer l'achat ou la réparation d'ustensiles aratoires comme frais de semences ou de récoltes, dans le sens de la disposition qui établit un privilége spécial à raison de ces frais. (Cass., 12 nov. 1839. Sirey, t. 39, 1re part., p. 916. *Sic*, Persil, *Rég. hyp.*, t. 1, p. 92 ; Duranton, t. 19, n° 99.)

[3] *Orléans*, introd., t. 20, n° 120.

[4] Pothier, *Procéd. civ.*, et sur *Orléans*, introd., t. 20, n° 119. Basnage, *Hyp.*, chap. 14.

[5] Pothier et Basnage, *loc. cit.*

[6] Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 395, n° 8. *Voy.* un arrêt de Bordeaux du 2 août 1831. Il est rendu dans une espèce où il s'agissait de la préférence sur le prix de barriques dues au fournisseur.

pareil privilége et que, de plus, il a la possession.

Ferrières veut que si le premier locateur fait saisir les meubles dans un délai assez court pour n'être pas considéré comme ayant renoncé au privilége, il vienne au sou la livre avec le second [1].

Je pense que si les meubles sont sortis de chez le précédent propriétaire *eo sciente*, il n'a pas de privilége [2]; mais que s'ils ont été enlevés à son insu, le droit de revendication qu'il a la faculté d'exercer sur eux pendant quinzaine, lui donne préférence sur le second locateur qui voudrait réclamer les loyers. C'est l'opinion de Basnage [3] et de tous les auteurs [4].

On opposerait en vain ce que j'ai dit ci-dessus n° 165 *bis*. Mais il y avait dans l'espèce dont je m'occupais alors une circonstance particulière. Celui qui avait loué ses granges était, eu égard au maître de la ferme, un véritable conservateur de la chose. Il avait sauvé les récoltes en les emmagasinant. Ici, on ne peut en dire autant du second locateur, il n'a pas sauvé les meubles et fait chose avantageuse au précédent locateur. Car ces objets pouvaient rester là où ils étaient avant leur déplacement.

§ II. *Du gage.*

168. Un second privilége est celui du créancier sur le gage dont il est saisi et qui lui a été donné en nantissement.

Ce privilége est fondé sur ce que le contrat et la possession donnent au créancier un droit *réel* et *spécial* sur la chose mise en gage, de telle sorte qu'il n'est obligé de s'en dessaisir que lorsqu'il est entièrement payé. C'est précisément pour assurer une préférence à un créancier sur d'autres qui ont contracté avec le débiteur, qu'a été mis en usage le contrat du nantissement (*supra*, 5 et 6). Cette préférence du créancier-gagiste est souvent rappelée dans les lois romaines, et particulièrement dans les lois 5, §§ 8 et 17, Dig. *de trib. act.* [5] et dans les vieux monuments de notre jurisprudence. Loisel en fait mention dans ses Institutes coutumières [6], et enseigne que, par une ordonnance de Philippe-Auguste, la contribution n'avait pas lieu à l'égard du gage dont le créancier est saisi. Enfin, outre ce qu'en dit notre article, le Code civil porte, art. 2073 : « Le » gage confère au créancier le droit de se » faire payer sur la chose qui en est l'objet, » par privilége et préférence aux autres » créanciers [7]. »

169. Pour que le privilége sur le gage subsiste, il faut que le créancier en soit saisi. Il n'y a pas de gage sans tradition réelle de la chose [8]. Cependant le gage a lieu aussi lorsque la chose a été remise à un tiers convenu entre les parties [9].

169 *bis*. Ferrières [10] et Grenier [11] se fondent sur cette possession réelle du gagiste et sur le droit de rétention qu'elle lui attribue, pour soutenir qu'il doit être préféré à tous créanciers privilégiés quelconques, même aux créanciers pour *frais de justice* et *frais funéraires*.

Cette opinion se fortifie de cette considération, que les créanciers privilégiés ne peuvent se venger sur les choses de leur débiteur qu'autant qu'elles sont en sa possession : or la chose donnée en gage n'est plus dans la possession du débiteur; elle est passée dans la possession d'un tiers. Ceux qui veulent la saisir entre ses mains sont donc des créanciers purs et simples qui font valoir les droits de leur débiteur. Or celui-ci n'aurait pu réclamer la chose qu'en payant au gagiste ce qui lui est dû. La même obligation pèse donc sur ceux qui se mettent à sa place.

Tarrible ne partage pas cette manière de voir [12]. Il soutient que la vraie possession du meuble réside sur la tête du débiteur, et qu'elle n'est pour le créancier qu'*un dépôt*; que rien n'empêche donc les créanciers privilégiés de suivre la chose dans les mains du

[1] Ferrières, Paris, art. 171, glose 2, n° 13.
[2] Delvincourt, t. 8, p. 14 et 19.
[3] *Hyp.*, chap. 9.
[4] Delvincourt, t. 8, p. 14, Persil, *Commentaire*, art. 2102, § 1, n° 7. Dalloz, *Hypothèque*, p. 38, n°s 27 et 28.
[5] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 410, n° 9.
[6] *Des Payements*, art. 13.
[7] *Voy.* aussi art. 2082 du Code civil.
[8] Inst., § 4, *quib. modis re cont.* § 7, *de act.* L. 238, § *pign.* 2, Dig. *de verb. signif.* Art. 2076 du Code civil.
[9] Art. 2076 du Code civil.
[10] Paris, art. 181, n° 1.
[11] Grenier, *Hyp.*, n° 298.
[12] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*.

giste; et d'y réclamer leur privilége, si la [cau]se en est préférable à celle du gagiste. Je crois que cette opinion doit préva[lo]ir [1].

A la vérité le gagiste possède la chose [2]. [Ma]is sa possession, quelque précieuse qu'elle [soi]t, ne peut le conduire à la prescription. [Le] maître de la chose au contraire prescrit [pen]dant le temps que son créancier la dé[tie]nt [3]. C'est à son profit que s'écoule le [tem]ps destiné à amener la prescription. C'est [ce] qui fait dire au jurisconsulte Julien : [«Q]ui pignoris causa fundum creditori tradit, [in]telligitur possidere [4]. » Il possède donc, [pu]isqu'il prescrit. Il a la possession appelée [civ]ile [5]. Sous un autre rapport, on est en[co]re moins fondé à dire que la tradition du [ga]ge soustrait la chose aux priviléges géné[rau]x dont il a été parlé ci-dessus. Car cette [tra]dition n'est pas une aliénation : elle ne [rom]pt pas les liens qui unissaient la chose à [son] maître. Celui-ci en a toujours la pro[pri]été, elle est dans son patrimoine, et puis[qu']elle est encore à lui, les priviléges gé[nér]aux doivent la frapper. Car ils pèsent [sur] la *généralité* des meubles du débiteur sans [exc]eption. Resterait à savoir si la cause des [pri]viléges généraux est plus favorable que [cel]le du privilége du gagiste. Mais j'ai démontré ci-dessus l'affirmative (*supra*, 74). Quant au droit de rétention dont on veut se prévaloir, il n'est qu'une exception fondée sur la mauvaise foi du débiteur (*infra*, 256) et l'on sent qu'il n'est pas de grand poids à l'égard des créanciers qui ont contracté loyalement.

170. Comme un débiteur pourrait mettre tous ses meubles, ou au moins ses meubles les plus précieux entre les mains de personnes affidées, qui déclareraient les avoir en gage pour leur dû, tandis que ce ne serait qu'une fraude employée pour tromper de légitimes créanciers, l'art. 2074 du Code civil exige qu'il y ait un acte public, ou sous seing privé, mais dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualités, poids et mesure [6].

Sans cette garantie donnée aux tiers intéressés, le privilége n'a pas lieu. Il n'y a d'exception à cette règle qu'en ce qui concerne les matières qui n'excèdent pas 150 fr. (Code civil. 2074).

Je dois, du reste, faire ici une observation qui m'a paru importante. C'est que les formalités prescrites par l'art. 2074 ne sont indispensables qu'autant qu'il s'agit d'un con-

---

[1] On peut raisonnablement en douter, malgré Tarri[ble]. Ce n'est pas la possession civile qu'il faut prendre [en con]sidération dans ce cas, c'est la détention ou posses[sion] naturelle; le fait de possession matérielle du gagiste [qui] en vertu d'un contrat spécial, dont le privilége [exclu]sif a été le but et l'objet. Ce privilége est tout à la [fois c]onventionnel et légal. Si la possession civile seule [doi]t servir de base à l'assiette et à l'efficacité du privi[lége] mobilier; il faudrait dire aussi que le privilége spé[cial p]our le prix de l'objet mobilier non payé, du n° 4 de [l'art].2102, devrait primer le privilége du gagiste, et par [c]onséquence ultérieure, que dans le cas où la vente [aur]ait été faite sans terme, l'objet mobilier pourrait [touj]ours être revendiqué entre les mains de ce gagiste. [Rie]n n'est cependant plus faux. Il suffit qu'en fait de meu[bles], la possession vaille titre, pour que le gagiste puisse [en to]ute sûreté pour son droit de privilége exclusif, s'il [est d]e bonne foi d'ailleurs, recevoir en nantissement le [meuble] mobilier, du débiteur avec qui il contracte.

[Il] faut fixer son attention sur ce que c'est que le droit [de p]rivilége dans son principe et se rappeler quelle est [la na]ture du droit que le contrat de nantissement confère [à] la chose au gagiste, pour résoudre nettement la dif[ficu]lté.

Le privilége n'est pas tant un droit sur la chose, que [su]r le prix à provenir de la chose, cela résulte évi[dem]ment de la combinaison des art. 2093 et 2095, et nous [avon]s déjà eu l'occasion de le faire observer dans la note [sou]s le n° 79. Il se résout donc, en dernière analyse, en [un] payement par préférence, sur la chose convertie en [arg]ent. Cette conversion est un préalable indispensable. [Or], parmi les prérogatives assurées par la loi du contrat de nantissement au gagiste, se trouve comme conséquence du droit de rétention, la faculté pour lui, de faire ordonner en justice que le gage lui appartiendra et lui demeurera en payement, jusqu'à due concurrence de sa créance, d'après une estimation d'experts, art. 2078. Aucun autre privilége quelconque n'a cette prérogative et ne peut donc lui être préféré, puisqu'il empêche la conversion de la chose en argent.

Quant à ce que dit Troplong, que le droit de rétention n'est qu'une exception fondée sur la mauvaise foi du débiteur, et que comme tel il n'est pas de grand poids à l'égard des créanciers qui ont contracté loyalement, cela est inintelligible et annonce une confusion d'idées. Le droit de rétention est fondé sur le défaut de payement et ce n'est pas le débiteur mais le créancier gagiste qui s'en prévaut; qu'importe donc la mauvaise foi du débiteur, si mauvaise foi il y a; car le non-payement d'une dette, à son échéance, n'est pas toujours un acte de mauvaise foi, c'est plus souvent une impossibilité. La loyauté des créanciers est présumée pour tous, aussi bien pour le gagiste que pour les autres. (*Note de l'éditeur belge.*)

[2] L. 35, § 1, Dig. *de pign. act.* L. 3, § 15, Dig. *ad exhib.*

[3] L. 33, § 4, Dig. *de usucap. et usurpat.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 145, n° 56.

[4] L. 26, Dig. *de acq. vel amitt. possessione.*

[5] Dissertation de Lerminier sur la possession, intitulée : *De possessione analytica, savinianeæ doctrinæ expositio*, p. 19.

[6] Brodeau, art. 282, Paris, n° 7. Ferrières, art. 180, Paris, n° 3. Arrêt de cassation du 4 mars 1811.

trat de gage ou de nantissement contracté d'une manière principale.

Mais si le gage n'est qu'une conséquence nécessaire et accessoire d'un autre contrat qui le renferme implicitement, on ne pourrait alors exiger une application stricte et rigoureuse de l'art. 2074.

J'en donne pour exemple le bail à loyer. Le droit de gage que le locateur a sur les meubles déposés dans sa maison ne résulte pas de clauses principales du contrat : il est sous-entendu dans tout bail à loyer. Aussi a-t-on vu dans le n° 156 ci-dessus que le propriétaire peut faire saisir les meubles déposés en gage chez lui, même en vertu d'un bail verbal.

On pourrait dire avec la même exactitude que l'art. 2074 ne serait pas applicable à un artisan qui serait saisi de la chose par lui confectionnée ou améliorée, du commissionnaire nanti des objets qu'il est chargé de vendre, etc.

§. Au surplus, quand même le contrat de gage serait contracté d'une manière principale, s'il avait lieu pour *matières de commerce*, ce serait une question de savoir si l'art. 2074 du Code civil lui serait applicable. L'affirmative a été décidée par un arrêt de la cour de cassation du 3 juillet 1820 [1].

171. C'est un principe, qu'on ne peut donner en gage la chose d'autrui sans son consentement. *Pignus non constituitur in re aliena*. Car on ne peut donner à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même.

Suit-il de là que celui à qui appartient la chose peut la revendiquer sur le gagiste ? Il est certain que si le meuble avait été volé, le maître pourrait le poursuivre en mains tierces pendant trois ans, quand même le détenteur serait de bonne foi : ici la propriété est plus forte que la possession (article 2279).

Mais si celui qui a donné la chose en gage n'était pas coupable de soustraction frauduleuse, le droit du véritable propriétaire devrait échouer contre celui du possesseur, qui a reçu la chose en gage d'un individu qu'il avait juste sujet de croire investi du droit de propriété. C'est ce que je démontre dans mon *Commentaire du titre de la prescription*, n° 1060.

A plus forte raison, le vendeur non payé ne pourrait-il pas revendiquer la chose sur le gagiste qui en est saisi ? A la vérité on doit dire que la chose n'est, en quelque sorte, censée appartenir pleinement à l'acquéreur que lorsqu'il a payé (*nisi soluto pretio*). Mais il n'en résulte pas pour cela que le vendeur puisse inquiéter les tiers saisis de bonne foi par l'acheteur, car il ne peut exercer son privilége que lorsque la chose est dans la possession de ce dernier.

Aussi voit-on que le parlement de Paris, par un arrêt du 10 mars 1607 a décidé que celui qui avait vendu une tapisserie à crédit, ne la pouvait revendiquer entre les mains d'un particulier à qui elle avait été donnée à gage, qu'en lui payant la somme par lui prêtée [2].

J'aurai occasion de revenir sur ce point en parlant du privilége du vendeur (n° 185).

172. L'art. 2079 dit que le gage n'est dans la main du créancier qu'un *dépôt* assurant son privilége.

En s'appuyant sur cet article, on pourrait élever la difficulté suivante, et demander si le *dépositaire* est privilégié pour ce qui peut lui être dû sur la chose déposée entre ses mains.

Par exemple, Pierre dépose un écrin de 10,000 fr. chez Jacques. Jacques se trouve créancier de Pierre pour une somme moindre ou plus forte. Si les biens du déposant sont saisis, et que Jacques fasse procéder à la vente par adjudication de l'écrin, on demande s'il sera privilégié sur le prix, et si on devra l'assimiler au gagiste.

Je crois que le dépositaire n'aura aucun privilége à réclamer. La raison en est que la chose ne lui a été remise ni directement ni indirectement à titre de gage, qu'il s'en est chargé comme dépositaire pour remplir un office d'ami. *Res ei tradita non fuit in pignus, sed deposita*, dit Gudin [3] ; c'est aussi le sentiment de Ferrières [4].

Mais si les sommes dont le dépositaire est créancier procédaient de frais faits par lui pour la conservation du dépôt, alors il serait privilégié comme conservateur de la chose [5], et pourrait même retenir le dépôt jusqu'à parfait payement [6].

173. Mais prenons le cas inverse.

---

[1] Dalloz, v° *Nantissement*, p. 308, voy. *infra*, différents arrêts cités, n° 178, et l'art. 95 du Code civil.
[2] Brodeau, art. 182, n° 5.
[3] Sur l'art. 182, Cout. de Paris.
[4] Paris, art. 182, n°s 12 et 13.
[5] Art. 2102, n° 3, du Code civil.
[6] Art. 1948 du Code civil.

Le déposant aura-t-il privilége sur la ose qu'il a déposée, et dont les tiers viennt effectuer la saisie entre les mains du positaire.

On ne peut pas dire qu'il s'agisse ici d'un vilége. Le propriétaire reprend sa chose, vertu d'un droit de propriété qu'il n'a mais abdiqué; il s'en empare malgré les issants, parce que ceux-ci ne peuvent ir que les biens de leur débiteur (arti 608 du Code de procédure civile) et qu'ils doivent pas être payés sur les choses qui lui appartiennent pas. En un mot, c'est restitution et pas un privilége. «Æquissimum est eis pecunias suas *restitui* neque nim depositione desierunt esse domini, » Cujas.

Ce que je dis est pour le cas où la chose posée est trouvée en nature chez le dépoire.

Mais si la chose n'est plus en nature, le posant devient un simple créancier pernel, et il ne peut prétendre à aucun priége [1]; car aussitôt que la chose n'existe en nature, elle donne lieu à une ance, «*abit in creditum*,» et comme aue loi ne donne prérogative à cette ance, elle ne doit pas en réclamer [2]. is que devrait-on décider dans le cas où chose déposée serait entre les mains d'un ataire dont on saisit les meubles?

Ce qui fait difficulté, c'est que le privie du locateur s'étend non-seulement sur qui est la propriété du locataire, mais ore sur tout *ce qui garnit* les appartements és; d'où il suit que le locateur peut se er sur des objets qui n'appartiennent pas locataire (*supra*, 151).

Pour résoudre cette difficulté, il faudra décider par les distinctions que nous avons faites. Ainsi, si les objets donnés en dépôt ne sont pas apparents, ou s'ils ne sont placés dans la maison louée que temporairement (circonstance qui sera plus ordinaire), le privilége du locateur n'englobera pas la chose déposée. Mais si cette chose est apparente, si elle garnit la maison louée sans que rien indique qu'elle n'est là qu'accidentellement et pour un temps très-court, le privilége du locateur devra avoir lieu. Je donne pour exemple l'espèce suivante : Pierre, qui habite Paris, a laissé à Nancy, chez un de ses amis, une pendule, un lit et une psyché, pour qu'il les lui conserve jusqu'à son retour, dont l'époque est indéterminée. Si cet ami se sert de ces meubles pour garnir un appartement, le locateur aura dû compter sur eux comme sur un gage, et ce sera tant pis pour Pierre s'il n'a pas prévenu ce dernier qu'ils sont sa propriété. C'est avec ces limitations que je pense qu'on doit entendre l'opinion de Persil [3], Delvincourt [4] et Dalloz [5].

Ceci sert à apprécier la légalité d'un arrêt de cassation, du 21 mars 1826, qui a décidé que le locateur ne pouvait pas étendre son privilége aux marchandises qui se trouvent à titre de dépôt ou de consignation dans les magasins d'un commissionnaire. Cette solution me paraît juste. Des marchandises consignées chez un commissionnaire n'y entrent pas pour *garnir* les lieux et les meubler; elles n'y sont pas introduites pour y demeurer, *ut ibi perpetuo essent* [6].

Le contraire a cependant été décidé par arrêt de Paris, du 5 mai 1828. Mais il paraît que dans cette espèce il y avait concert entre le locataire et le tiers pour frustrer le propriétaire. Cet arrêt s'explique donc par des circonstances particulières [7].

---

[1] Art. 182 de la cout. de Paris, et 581 du Code de m. Brodeau, sur cet art., n° 5. Ferrières, idem. L. 5, , Dig. *de trib. act*. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 410, n° 9.

[2] Les lois romaines faisaient exception à cette règle r ce qui concerne les dépôts faits chez les banquiers. me les personnes qui traitaient avec eux suivaient la publique, on donnait à ceux qui leur avaient confié fonds un privilége général, lorsque les fonds dépoe se trouvaient pas en nature. L. 7, § 2, l. 8. *Depos. vel contra*. En France, cette disposition n'était pas suivie. *Voy*. les auteurs cités à la note précédente.

[3] Sur l'art. 2102, n° 3.

[4] T. 3, p. 272.

[5] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 34, n° 11.

[6] L. 32, Dig. *de pign. et hyp. Supra*, n° 151.

[7] Voy., *infra*, n° 178, plusieurs arrêts qui traitent d'une question relative au privilége du gagiste.

§ III. *Frais pour la conservation de la chose.*

174. Le motif du privilége des frais pour la conservation de la chose est expliqué d'une manière énergique et vraie par les lois romaines [1] : « *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.* »

Il n'y avait rien de si obscur dans le droit de Justinien que ce qui concerne le privilége de celui qui a conservé la chose. On peut consulter à cet égard le président Favre [2] et Vinnius [3]. Cependant l'opinion des meilleurs auteurs était en définitive, d'après la combinaison des différents textes, que le privilége de celui qui faisait des frais pour la conservation d'une chose était purement personnel, sans hypothèque tacite, c'est-à-dire qu'il ne donnait de préférence que sur les créanciers personnels; mais il ne prévalait pas sur les créanciers hypothécaires (*supra*, 18). C'est cette idée que Perezius avait résumée en ces termes : « Si mutuans pro conservatione pignoris non » expresse de hypotheca pactus fuerit, tan- » tum habebit inter *personales* creditores » privilegium, non *vero tacitam* hypothe- » cam [4]. »

Pour que le conservateur de la chose eût une préférence sur les créanciers hypothécaires, il fallait qu'il l'eût expressément stipulée [5]. « Vulgo creditum est, dit le pré- » sident Favre [6], eum qui pecunia sua, vel » præbuit, vel salvam fecit aliis creditori- » bus causam pignoris, hoc ipso habere pri- » vilegium tacitæ hypothecæ, isque invete- » ratus pragmaticorum nostrorum error est, » quem et plerique judices inferiores passim » sequi solent. Ego contra semper putavi » non habere istos privilegium tantæ hypo- » thecæ, *sed tantum jus prælationis si expres-* » *sam habeant hypothecam.* »

On ne faisait d'exception à cette règle qu'en faveur de celui qui avait prêté son argent pour réparer un édifice. Dans ce cas, le prêteur avait privilége et hypothèque tacites. Mais c'était en vertu d'un sénatus-consulte fait sous Marc-Aurèle pour ce cas particulier. On ne devait pas l'étendre hors de son espèce [7].

Si donc l'on voit quelquefois, dans les lois romaines, les frais de conservation l'emporter sur les créances hypothécaires, c'est, d'après les meilleurs auteurs, par la raison que le créancier de ces frais avait stipulé expressément un droit de suite sur la chose conservée par ses soins ou par son argent. Telle est la doctrine de Cujas, Noodt Vinnius, Doneau [8], Bachovius [9], Pothier [10], etc., lesquels réfutent avec raison le système contraire enseigné par Accurse, et embrassé par d'autres jurisconsultes de la vieille école, tels que Neguzantius [11] et Covarruvias [12].

C'est donc dans ce sens qu'il faut entendre la loi dont voici le texte :

« Interdum posterior potior est priore; » ut puta si in rem istam conservandam » impensum est quod sequens credidit, ve- » lut si navis fuit obligata, et ad armandam » eam vel reficiendam ego credidero [13]. » Hujus enim pecunia salvam fecit totius » pignoris causam [14]. »

Il faut sous-entendre que l'argent a été prêté à condition que le navire sera hypothéqué au prêteur. Car, comme le remarque Vinnius, aucune loi n'attribue, dans ce cas, d'hypothèque tacite. Les lois 5 et 6, qui viennent d'être citées, ne donnent pas ce droit davantage. Leur objet est de parler de créances qui, quoique postérieures en date, sont cependant les premières en rang. Parmi ces créances, elles comptent les frais de conservation de la chose ; mais il est indispensable d'admettre préalablement que le conservateur avait eu la précaution de stipuler une hypothèque en sa faveur, car aucune loi ne le fait pour lui. Si la loi 6 dit que son argent a conservé le gage pour tous

[1] L. 6, Dig. *qui potior*. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 573, nº 26.
[2] Conject., lib. 8, cap. 11 et 12.
[3] *Quæst. select.*, lib. 2, cap. 4.
[4] Code, lib. 8, tit. 18, nº 19.
[5] Par le droit romain, les meubles étaient susceptibles d'hypothèque. *Infra*, nº 394.
[6] Code, liv. 8, tit. 8, déf. 10.
[7] Cujas, lib. 10, Respons. pap. sur la loi 10, *in quib. causis*. Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 2, cap. 4. Favre, *loc. supra cit.*
[8] *De pignor.*, cap. 5.
[9] *De pignor.*, lib. 4, cap. 14.
[10] *Pand.*, t. 1, p. 563, nº 2.
[11] P. 2, memb. 1, nº 162, cap. 16.
[12] Lib. 1, cap. 7, nº 3.
[13] L. 5, Dig. *qui potior in pignor.*
[14] L. 6, Dig. *eod. tit.*

les créanciers, ce n'est pas pour dire qu'il a une hypothèque tacite, c'est seulement pour expliquer comment l'hypothèque expresse qu'il a stipulée, marche avant des créances hypothécaires antérieures à la sienne.

Ce qui prouve, du reste, la justesse de cette interprétation, c'est que les lois 26 et 34, Dig., *de reb. auct jud.*, n'accordent pour de pareilles créances, non accompagnées de stipulation expresse d'hypothèque, qu'un privilége purement personnel [1].

174 *bis*. Comme dans notre législation le privilége affecte la chose, la stipulation exigée par les lois romaines est inutile; d'ailleurs, chez nous, les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Les priviléges sur les meubles n'ont donc pas à redouter la rivalité de créanciers hypothécaires [2].

175. Ces mots, pour la conservation de la chose, ont une grande latitude.

Ils embrassent tout ce qui a été fait pour réparer la chose, pour la préserver d'accidents, pour la sauver d'un péril présent, pour empêcher un détriment [3].

C'est ainsi qu'un ouvrier qui travaille pour radouber un vaisseau en mauvais état procure sa conservation et jouit d'un privilége [4].

C'est ainsi que les victuailles fournies à un bâtiment pour continuer sa navigation ont procuré sa conservation, « *quia sine his,* » *navis salva pervenire non poterat,* » dit la loi 6, D. *qui potior*.

C'est ainsi que les frais de garde sont privilégiés; car ils conservent la chose au pouvoir des saisissants, et empêchent que leurs poursuites ne soient rendues inutiles par un enlèvement subreptice (Code de commerce, 190).

176. On a même été plus loin, et l'on a décidé que l'ouvrier qui améliore une chose a privilége, comme celui qui la conserve. Il existe à cet égard deux arrêts : l'un de la cour de Colmar, du 7 mars 1812 [5]; et l'autre de la cour de Rouen, du 18 juin 1825 [6]. Cette dernière cour dit en termes exprès, « que le créancier ayant un privilége pour » la conservation de la chose, l'a *à plus forte* » *raison* par l'augmentation de valeur don-

---

[1] Pothier, *loc. cit.*, note *a*, et aussi t. 3, p. 186, nº 33.

[2] La matière des hypothèques et priviléges, en droit romain, est sans contredit une des plus difficiles à bien comprendre et à réduire en système uniforme. Mais nous croyons que lorsque Troplong se borne à opposer la législation du Code civil à tout ce qu'il vient de reproduire au sujet du droit romain, pour en conclure laconiquement que la stipulation expresse exigée dans les hypothèses qu'il vient de passer en revue d'après le droit romain, est inutile aujourd'hui pour assurer le privilége ou le droit de préférence du prêteur des fonds qui ont servi à la conservation de la chose mobilière; gage commun des créanciers, il tombe dans une erreur grave. Peu importe aussi que les meubles n'ayant pas de suite par l'hypothèque, les priviléges qui les affectent n'aient pas à redouter la rivalité des créanciers hypothécaires, cela n'écarte pas la difficulté, puisqu'ils ont toujours en présence la rivalité des créanciers chirographaires simples, et au besoin les hypothécaires mêmes qui ne seraient pas pleinement satisfaits sur le produit de l'hypothèque.

Les espèces citées par Perezius, Vinnius et autres commentateurs du droit romain, supposent un prêteur d'argent qui fournit les fonds destinés à être appliqués à la conservation de la chose; il jouissait au moins du privilége personnel, à défaut de stipulation d'hypothèque. Mais aujourd'hui il ne pourrait invoquer aucun privilége réel; car les frais *faits pour la conservation de la chose,* nº 3 de l'art. 2102, ne peuvent s'entendre que des frais faits par le conservateur même, *suo sumptu et opere*, et s'il était obligé d'emprunter pour y faire face, le privilége devrait le couvrir jusqu'à concurrence de l'obligation qu'il aurait contractée envers le tiers prêteur des fonds; mais ce tiers prêteur n'aura pas le droit de privilége sur la chose mobilière conservée, pour sûreté de son prêt; celui-ci n'a qu'une créance personnelle à charge de l'emprunteur, parce qu'il n'y a plus aujourd'hui de privilége légal pour un prêteur, que dans deux cas, sur immeubles, ceux des nºˢ 2 et 5 de l'art. 2103, et dans un cas, sur meubles, celui du nantissement. La stipulation que l'argent prêté est destiné à être appliqué en frais de conservation ne changerait pas la condition du prêteur. Il y a des exceptions, à la vérité, à cette règle générale, telle, par exemple, que celle pour les sommes prêtées au capitaine de navire pour les besoins du navire pendant le dernier voyage; le privilége dans ce cas existe de droit, au profit du prêteur, sur le navire; mais l'exception même confirme la règle, d'autant plus, que ce n'est que pour le dernier voyage que la loi l'accorde, art. 191, Code de commerce. C'est la faveur toute spéciale due à ces sortes d'obligations maritimes qui en est la cause. L'étendre à tous les cas de prêt, en ne restreignant pas dans leur acception naturelle les termes : *frais de conservation*, serait ouvrir la porte aux plus grands abus et à la fraude.

Il pourrait cependant se faire, mais ceci est une voie indirecte, que le prêteur mît à profit le privilége de celui qui a conservé la chose au moyen de l'argent emprunté, parce que le créancier peut exercer les actions et droits de son débiteur avec toutes leurs prérogatives. Mais si dans ce cas il y avait concours de plusieurs créanciers, le prêteur serait obligé de les admettre en concurrence. Son bénéfice n'est donc qu'éventuel et ne peut pas être exclusif. (*Note de l'éditeur belge.*)

[3] Des avances de fonds faites pour aider au recouvrement d'une créance peuvent être considérées comme frais faits pour la conservation de la chose, dans le sens de l'art. 2102, nº 3, Code civ., et dès lors comme devant jouir du privilége établi par cet article. Du moins, à cet égard, l'appréciation des juges du fond ne peut tomber sous la censure de la cour de cassation. (Cass., 18 mai 1835. Sirey, t. 35, 1ʳᵉ part., p. 707.)

[4] L. 5, Dig. *qui potior*. Art. 190, Code de comm., nº 8.

[5] Sirey, t. 12, 2ᵉ part., p. 300. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 46.

[6] Sirey, t. 26, 2ᵉ part., p. 127.

» née à cette chose. » Tel est aussi l'avis de Grenier [1].

Delvincourt [2] et Persil [3] font une distinction. Si celui qui a amélioré détient la chose, il peut la retenir jusqu'à ce qu'on lui fasse compte de la plus value. S'il ne la détient plus, il n'a pas de privilége.

A cette opinion on peut ajouter celle plus imposante encore de Pothier. Il cite un règlement du mois d'août 1667, d'après lequel les teinturiers avaient sur les marchandises qu'ils avaient teintes un privilége pour les teintures des deux dernières années [4], et dans un autre de ses ouvrages, il semble expliquer par le passage suivant le sens dans lequel on doit prendre ce règlement. « A » l'égard des ouvriers qui ont *travaillé* et » *façonné* quelque chose, je pense que leur » privilége ne dure que tant que cette chose » demeure en leur possession, et qu'ils n'ont » que la rétention de la chose, mais que, » lorsqu'ils l'ont délivrée, ils n'ont plus de » privilége [5]. »

Je pense que cette dernière opinion doit prévaloir par les raisons suivantes.

L'ouvrier qui a amélioré la chose et augmenté sa valeur n'a pas de privilége proprement dit à réclamer. Notre article n'accorde de privilége qu'à celui qui l'a *conservée*. Les priviléges sont de droit étroit et ne doivent pas s'étendre par analogie. Celui qui a amélioré la chose ne peut prétendre qu'à un droit de *rétention* jusqu'à ce qu'il soit payé de son dû. Or, ce droit de rétention suppose qu'il a conservé la chose par devers lui, et qu'il n'y a pas dessaisissement.

Je dis qu'il peut prétendre à *un droit de rétention*. C'est ce qui résulte et de la nature des choses et des textes de la loi : de la nature des choses; car il serait contraire à la bonne foi que le propriétaire qui veut reprendre sa chose n'indemnisât pas l'ouvrier des dépenses qui lui ont donné une valeur plus considérable : du texte positif des lois; en voici la preuve. L'art. 570 du Code civil s'explique en ces termes : « Si un artisan ou » une personne quelconque a employé une » matière qui ne lui appartenait pas à former une chose d'une nouvelle espèce, soit » que la matière puisse ou non reprendre » sa première forme, celui qui en était le » propriétaire a droit de réclamer la chose » qui en a été formée *en remboursant le prix* » *de la main-d'œuvre*. »

L'art. 579 du Code de commerce dit : « En cas de revendication de la chose vendue, le revendiquant sera tenu de rendre » l'actif du failli indemne de toute avance » faite pour fret, commission, assurance, » *ou autres frais*, et de payer les sommes » dues pour mêmes causes, si elles n'ont pas » été acquittées. »

L'obligation de rembourser les améliorations se trouve aussi consacrée par l'article 1573 du Code civil, et par plusieurs autres textes non moins diserts [6].

Dans tous les cas prévus par ces articles, le législateur suppose que celui qui a amélioré la chose est en possession; c'est là la condition qui lui sert de point de départ. Le propriétaire veut-il retirer sa chose, il faut qu'au préalable, il paye les frais d'amélioration; sans cela le détenteur en retiendra la possession [7].

Mais si l'ouvrier a laissé échapper la possession de la chose, il perd le droit de rétention qui faisait sa sûreté (*infra*, 258). Il ne lui reste plus qu'une simple action personnelle. Vainement réclamerait-il un privilége, il n'y a pas de loi qui lui en accorde. On devra donc rejeter le sentiment de Grenier, et les arrêts de Colmar et de Rouen que j'ai rappelés. C'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation, 17 mars 1829. Il est au reste nécessaire de consulter, sur l'*étendue* du droit de rétention, les arrêts que je cite n° 178, et ce que je dis du droit de rétention pris en lui-même, n°s 255 et suiv.

177. Mais ce que je viens de dire de celui qui a seulement *amélioré* la chose, il faut bien se garder de l'étendre à celui qui l'a *conservée*. Il n'y a, en effet, aucune parité. Le conservateur de la chose n'a pas un simple droit de rétention. Il a un *privilége* formel, et aucune loi ne fait dépendre ce privilége d'une condition de possession, de nantissement entre ses mains.

On pourrait cependant argumenter du passage de Pothier que j'ai cité au numéro précédent, pour soutenir que l'ouvrier qui a *conservé* la chose par son travail ne re-

[1] Grenier, t. 2, n° 314.
[2] T. 3, p. 274, note 13.
[3] *Comm.*, art. 2102, § 3. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 45.
[4] Pothier, *Orléans*, introd., t. 20, art. 125.
[5] Pothier, *Procéd. civile*.
[6] *Voy.* aussi art. 93, 94, Code de comm., et *infra* n° 264, le passage de Voet, que je cite.
[7] *Infra*, n° 264, le passage de Voet, et 257 *bis*.

[ti]ent son privilége que tant qu'il la pos[sè]de.

Mais outre que ce serait peut-être forcer [la] pensée de cet auteur, je crois pouvoir [di]re que cette restriction apportée au privi[lé]ge du conservateur de la chose serait tout [à f]ait arbitraire et injuste.

D'abord, pour que la question de posses[si]on et de saisine méritât quelque considéra[ti]on, il faudrait que le droit de l'ouvrier fût [fo]ndé sur le droit de *gage*. Alors la posses[si]on réelle serait absolument nécessaire; car [il] est de principe que tout gagiste qui se [de]ssaisit renonce à son gage. Mais ce n'est [pa]s du nantissement que dérive le privilége [de] l'ouvrier. S'il est privilégié, c'est qu'il a [fa]it l'avantage commun, en conservant le [ga]ge par ses soins, son travail et ses dé[pe]nses.

Si donc il est prouvé que ce n'est pas du [na]ntissement que dérive le privilége de l'ou[vr]ier *conservateur*, je suis fondé à dire qu'il [im]porte peu que cet ouvrier soit nanti ou [n]on. Il est dans la classe de tous les créan[ci]ers ordinaires qui peuvent recourir sur les [m]eubles du débiteur *tant qu'ils sont en la [p]ossession de ce débiteur*.

Autre raison. La loi ne dit pas qu'elle [d]onne privilége à l'ouvrier, à l'artisan; elle [n']indique personne en particulier. Elle dit [q]ue celui qui a conservé la chose sera pri[vi]légié sur elle. Eh bien! il y a des cas où [le] conservateur n'est pas un ouvrier, où la [ch]ose qu'il conserve ne lui est pas livrée. [Pa]r exemple, si le meuble est un cheval, [cel]ui qui a fourni des remèdes, fait des pan[se]ments à ce cheval, en sera le conserva[te]ur. Dira-t-on qu'il ne pourra prétendre de [p]rivilége que s'il est saisi? ce serait déri[so]ire. Dès lors, pour quelle raison exige[ra]it-on cette circonstance de possession de [l']ouvrier qui a réparé? Serait-ce parce que [la] chose a pu lui être livrée, et qu'en s'en [de]ssaisissant il serait censé avoir renoncé à [so]n privilége? Mais comme ce n'est pas de [la] possession que dépend le privilége, l'ouvrier, en renonçant à la possession, ne peut être présumé avoir renoncé au privilége. Nul n'est censé facilement abdiquer ses droits [1].

C'est ce que prouve l'art. 190, n° 3, du Code de commerce. En donnant un privilége aux frais d'*entretien* du bâtiment, des agrès et apparaux, qui sont des frais de conservation, cet article exige-t-il que le créancier soit en possession de la chose conservée [2]?

Enfin, notre article place sous notre main un argument extrêmement fort en faveur de la doctrine que je soutiens. On sait, et j'ai montré ci-dessus, que l'ouvrier qui a réparé des ustensiles servant à l'exploitation de la ferme a préférence sur le propriétaire locateur. Dans l'hypothèse de cet article, l'ouvrier qui a conservé la chose par ses travaux est dessaisi, puisque les ustensiles garnissent la ferme. Cependant la loi lui assure non-seulement un privilége, mais même une préférence sur le locateur, créancier si favorable, et ayant l'avantage du nantissement [3].

178. Au surplus, cette question ne me paraît avoir été jugée par aucun arrêt. Car il faut bien se garder de confondre avec notre difficulté, celle qui a été décidée par différents arrêts, de Colmar, du 7 mars 1802, de Rouen, des 18 juin 1825, 9 juin 1826, 1er mars 1827, 25 février 1829, d'Angers, du 6 juillet 1826, de Paris, du 3 mars 1827, et de cassation, du 17 mars 1829.

La question qui se présentait à Colmar [4] était de savoir si l'ouvrier qui avait successivement remis au propriétaire plusieurs objets confectionnés par lui, sans se faire payer, mais qui avait reçu de nouvelles matières pour être travaillées, pouvait faire considérer comme un gage ces nouvelles marchandises, et s'il pouvait se payer sur elles de ce qui lui était dû.

Telle était aussi la question précise dans l'espèce jugée à Rouen, le 18 juin 1825.

---

[1] Les frais dus à une compagnie d'assurance par le [f]ermier pour assurance de ses récoltes ne peuvent pri[m]er le privilége du propriétaire. (Paris, 8 avril 1834.)

[2] Le privilége de l'art. 191, Code comm., ne s'étend [pa]s aux navires et bâtiments servant à la navigation in[té]rieure. Lorsque la loi entend assimiler les navires de [m]er aux autres navires, elle le dit. *Voy*. art. 620, Code [p]rocéd. civ.; Pardessus, n° 945; Brux., 9 fév. 1842-1843, [p.] 47.

Pour pouvoir exercer le privilége concédé pour les travaux de radoub faits à des navires de mer, il faut justifier de l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 192, n° 6, Code comm.; on ne pourrait se prévaloir de l'absence du capitaine pour justifier leur omission. Gand, 18 nov. 1842-1843, p. 530.

[3] La disposition du § 3 de l'art. 2102 s'applique aux frais faits pour la conservation de la chose incorporelle comme de la chose corporelle. (Cass., 13 mai 1835.)

[4] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 46.

On remarquera d'abord qu'il s'agissait d'un ouvrier qui avait *amélioré* la chose, et non d'un ouvrier qui l'avait *conservée*.

De plus, cet ouvrier ne réclamait pas de privilége sur la chose travaillée par lui et remise à son propriétaire. Il voulait qu'à la faveur du *droit de gage*, le privilége sur les anciennes marchandises passât sur les nouvelles; il voulait faire décider que ces nouvelles marchandises lui avaient été données non-seulement pour les améliorer, mais encore pour servir de gage à l'ancienne créance. On rentrait donc dans les principes relatifs au privilége du gagiste (*supra*, 168), et non pas dans ceux qui régissent le privilége du conservateur de la chose.

La cour de Colmar et la cour de Rouen pensèrent que les nouvelles marchandises devaient servir de gage pour ce qui était dû sur les premières. S'agissant de matière de commerce, elles décidèrent qu'il n'était pas nécessaire que le contrat de gage fût constaté dans les formes prescrites par l'article 2074 du Code civil. J'ai parlé de ce point n° 170.

Mais la difficulté s'étant reproduite, elle fut jugée d'une manière différente par les arrêts que j'ai cités ci-dessus [1], et qui me paraissent tout à fait juridiques. Car, en général, et à moins de stipulations ou d'usages contraires, l'ouvrier à qui l'on confie des marchandises n'est présumé les recevoir que pour les réparer; et point du tout comme nantissement d'une créance *préexistante*, résultant de travaux faits sur d'autres marchandises dont *il s'est dessaisi*.

Mais, je le répète, ces arrêts ne jugent pas du tout la question de savoir ce qui aurait dû être décidé si ces ouvriers, au lieu d'améliorer la chose, l'avaient *conservée*, et s'ils eussent suivi leur privilége sur les matières remises à leur débiteur et encore existantes dans les mains de ce dernier.

179. Quant au rang qu'occupe celui qui a *conservé* la chose, j'en ai parlé aux nos 48, 59, 62.

§ IV. *Du vendeur non payé.*

180. Le vendeur non payé a deux droits à exercer, d'après notre article, pour s'indemniser de ce qui lui est dû pour le prix de la vente.

Le premier droit est un privilége.

Le second est la revendication.

Je vais d'abord parler du privilége.

181. Pour pénétrer jusqu'au fond de cette matière ardue, il me paraît nécessaire de remonter aux sources du droit romain, et de notre ancienne jurisprudence.

D'abord, par le droit romain, il est certain que le vendeur n'avait pas d'hypothèque tacite sur la chose mobilière et immobilière qu'il avait vendue; il n'y avait que le fisc qui eût cette faveur [2].

Le vendeur n'avait pas non plus de privilége *inter chirographarios*. Il est vrai qu'avant la délivrance, il avait le droit de retenir la chose, *pignoris loco* [3], jusqu'à ce qu'il fût payé. Mais lorsqu'il s'en était dessaisi à titre non précaire et sans condition, il n'avait ni privilége ni droit de suite. *Res ibat in creditum*, et il ne pouvait exercer qu'une simple action personnelle pour payement du prix [4].

Le président Favre a exposé cette doctrine avec précision. « Venditor, quamdiu » pretium solutum non est, retinere rem » venditam necdum traditam, quasi jure » pignoris, potest, etiamsi de pignore nihil » convenerit; sed post traditionem factam, » tametsi pretium solutum non sit, nec avo- » care possessionem potest, nec in eam ip- » sam rem exercere quasi servianam, non » magis quam in cæteras res emptoris, cum » ex hac causa *tacitum pignus nullum contra-* » *hatur*. Cui consequens erit, ut in ea quo- » que re quæ vendita est, potior causa sit » anteriorum creditorum hypothecariorum » quam venditoris, qui nonnisi *personalem* » ad pretium actionem habet, quique impu- » tare sibi debet, cur, cum rem traderet, » secutus fidem emptoris fuerit, nec expressa » pignoris conventione sibi melius cave- » rit [5]. »

[1] Rouen, 9 juin 1826; 1er mars 1827; 25 fév. 1829; Angers, 6 juillet 1827. Paris, 24 avril 1826; 31 mai 1827. Cass., 17 mars 1829.

[2] L. 1, § 4, Dig. *de minorib.* Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 161, n° 6.

[3] L. 22, Dig. *de hæred. vel. act. vendit.* L. 13, § offeri, Dig. *de act. empt.* L. 31, § idem, Dig. *de ædil. edicto.*

[4] L. 5, § 18, Dig. *de trib. act.* Inst. *de rer. divis.*, § *res venditæ*. L. 12, C. *de rei vindic.* L. 12, C. *de cont. empt.* L. 6, C. *de act.* D'Olive, liv. 4, chap. 10. Brodeau sur Paris, art. 177.

[5] Code, lib. 3, tit. 7. Déf. 6, et note 2.

Néanmoins Loyseau, dans son Traité des offices, dit qu'il n'y a nul doute que le vendeur n'eût par le droit romain un *privilége* personnel, suivant la loi 34. *quod quis*, D. de *reb. auct*, et les Novelles, 53, 97, 136 [1].

Mais il faut regarder cette opinion comme inexacte, quoique adoptée par Grenier [2].

La loi *quod quis*, dont s'autorise Loyseau, est conçue en ces termes. « Quod quis navis » fabricandæ, vel emendæ, vel armandæ, vel » instruendæ causa, vel quoque modo credi» diderit, vel ob *navem venditam* petat, ha» bet privilegium post fiscum. »

D'abord, il n'est pas sûr que ces mots, *ob navem venditam*, s'appliquent au vendeur du navire; Bartole, sur la loi *quod quis*, reprend la glose d'avoir dit que dans l'espèce de cette loi il s'agit du cas où le vendeur demande à être payé de son prix sur le vaisseau par lui vendu et saisi par les créanciers de l'acheteur; car, dit-il, la vente faite *habita fide de pretio* ne donne jamais de privilége [3]. Il soutient que la loi *quod quis* n'a en vue que des prêts, avances faites *ob navem venditam*. Telle est aussi l'opinion du président Favre [4], qui en donne pour raison qu'il est de l'intérêt public de favoriser ceux qui livrent leurs fonds au commerce de la navigation, tandis que le même motif n'existe pas à l'égard du vendeur, qui se retire, au contraire, de ce commerce utile.

Voudrait-on cependant partager le sentiment opposé à celui de Bartole et de Favre; on objectera alors au système de Loyseau que la loi *quod quis* n'a été introduite que *favore navigationis* [5], et qu'elle ne faisait qu'un cas particulier. Car à Rome on avait créé beaucoup d'exceptions en faveur de la navigation, *propter navigandi necessitudinem*, comme dit le jurisconsulte Ulpien [6], et, en effet, on voit par les fragments de cet auteur célèbre que la construction d'un navire était pour un Latin une cause d'obtention des droits de cité romaine. Or, sous un gouvernement qui voyait la navigation d'un œil si favorable, il n'est pas étonnant que, pour encourager la construction et la livraison au commerce des bâtiments de mer, on ait traité le vendeur d'un navire plus favorablement que les autres vendeurs.

Quant aux Novelles et particulièrement à la Novelle 97, le privilége dont il y est parlé, ne s'applique pas au vendeur de la milice, mais à celui qui a prêté de l'argent pour l'acheter, ce qui est fort différent. Car, comme Bartole le fait remarquer sur la loi *quod quis* [7], il ne faut pas s'étonner si quelquefois celui qui prête de l'argent pour acheter a privilége, tandis que celui qui a vendu n'en a pas. Car celui qui prête son argent sans intérêt agit dans un pur esprit d'obligeance, au lieu que le vendeur qui suit la foi de l'acheteur pour le prix n'agit pas *ex mera liberalitate, sed propter lucrum quod habet ex venditione*. D'ailleurs (et cette raison me paraît meilleure que celle de Bartole), dans un empire tout militaire, comme l'empire romain, il était bon de favoriser l'entrée dans la milice et d'encourager les prêts de fonds pour parvenir à ce but.

Si, au contraire, on jette les yeux sur la loi 5, § 18, D. *de trib. actione*, on voit que le vendeur n'y est considéré que comme un simple créancier sans prérogatives, s'il a suivi la foi de l'acheteur.

« Sed si dedi mercem meam vendendam, » et exstat, videamus ne iniquum sit *in tri*» *butum* me vocari; et si quidem in credi» tum ei abii, tributio locum habebit; » enimvero si non abii, quia res vendita » non alias desineret esse mea (quamvis » vendidero) nisi ære soluto, vel fidejussore » dato, vel alias satisfactio, dicendum erit » vindicare me posse [8]. »

C'est en vain que Loyseau prétend que cette loi n'est qu'un cas particulier *in tribu-*

---

[1] *Off.*, liv. 3, chap. 8, nos 15, 16, 46, 67.

[2] Grenier, t. 2, no 383.

C'est à tort que Troplong prête cette opinion à Grenier, qui ne l'a pas émise. Grenier rapporte l'opinion de Loyseau et celle contraire de Basnage, sans dire laquelle il adopte. Seulement il avance que dans ce conflit d'opinions, la jurisprudence des parlements depuis 1660 admettait le privilége, et cela est vrai, quel que pût être d'ailleurs le véritable esprit des lois romaines.

« Sous un régime hypothécaire, dont le système est la publicité, on a pu admettre, dit-il, quelques modifications aux lois romaines, relativement au mode de conservation du privilége du vendeur. Mais toujours est-il vrai que parmi nous, *comme dans l'ancienne jurisprudence française, formée depuis* 1660, le privilége existe de lui-même, sans qu'il ait été réservé ou stipulé. »

(*Note de l'éditeur belge.*)

[3] L. *procurator*, § 18, Dig. *de trib. act.*

[4] Code, lib. 8, tit. 8. Déf. 10, no 2, et Conject., lib. 8, cap. 11 et 12.

[5] Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 186, no 33. D'Olive, liv. 4, chap. 10, note *c*.

[6] L. 1, *de exercit. act.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 399, no 1.

[7] L. 34, Dig. *de rebus auct. jud. possid.*

[8] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 410, no 9.

toria actione. Il ne suffit pas de le dire, il faut le prouver; aussi l'opinion de Loyseau n'a-t-elle pas trouvé de sectateurs nombreux.

Disons donc que, par le droit romain, le vendeur n'avait pas de privilége, lorsqu'il avait livré la chose sans réserve et à titre non précaire, et qu'il n'était qu'un simple créancier ordinaire. S'il voulait se réserver un droit de suite, il devait le faire par une stipulation expresse.

C'est ce que l'on avait coutume de faire dans les pays régis par le droit écrit, et notamment en Italie, où le vendeur se réservait le *domaine* jusqu'au payement du prix [1]. Cette clause de *réserve du domaine*, fort usitée dans les ventes d'immeubles, n'avait pas pour objet d'empêcher que le domaine de la chose vendue fût transféré à l'acquéreur avec la possession. Elle ne donnait au vendeur qu'une espèce d'hypothèque pour être préféré à tous les créanciers même antérieurs, ce qui répond au privilége tel qu'il existe dans notre législation [2].

182. Ce principe, que le droit romain dénie tout privilége au vendeur qui a suivi la foi de l'acheteur, était suivi exactement au parlement de Bourgogne, comme l'enseigne Bouvot [3].

Mais, au parlement de Toulouse, on s'en était relâché, et l'on *sous-entendait,* dans toutes les ventes d'*immeubles*, la clause du précaire. D'Olive, dans les œuvres de qui je trouve la preuve de cette déviation, en donne le motif, en disant que ce parlement, suivant l'équité naturelle, qui ne souffre pas que le vendeur demeure privé et de la chose et du prix, estima qu'il était digne de sa prudence de pourvoir à la sûreté des vendeurs des choses immobilières, en suppléant la clause du précaire, qui ordinairement était réservée dans les actes de vente [4].

Quant aux *meubles*, quoiqu'ils ne soient pas d'une si grande importance que les immeubles, néanmoins, le parlement de Toulouse se décida pour le privilége du vendeur par arrêt du 22 septembre 1828, rendu après partage [5]. Telle était aussi la jurisprudence suivie dans le Lyonnais, régi par le droit écrit [6].

183. En ce qui concerne les pays coutumiers, la coutume de Paris, par son art. 177, accordait au vendeur de choses mobilières un privilége sur le prix, soit qu'il eût suivi ou non la foi de l'acheteur, soit qu'il eût accordé terme ou non. Et, quoique cette disposition fût contraire au droit romain, néanmoins, la cause du vendeur parut si favorable que la jurisprudence l'étendit aux coutumes muettes [7].

Quant aux choses immobilières, comme la coutume n'en parlait pas, le parlement de Paris s'en tint d'abord à la rigueur des lois romaines, et décida que celui qui vendait sa terre *sine præsenti pecunia,* ne devait être considéré que comme créancier personnel non privilégié [8]. Mais la jurisprudence changea plus tard, et prit une direction conforme à celle du parlement de Toulouse. Basnage cite deux arrêts, l'un du 1er juillet 1630, l'autre du 15 du même mois, qui assurent au vendeur d'immeubles un privilége.

184. Le Code s'est conformé à une jurisprudence si générale et si équitable. Il accorde privilége au vendeur, soit qu'il ait vendu à terme ou sans terme.

On a cru devoir ajouter ces expressions, *soit qu'il y ait terme ou non*, par imitation de l'art. 177 de la coutume de Paris, qui avait dû marquer d'une manière explicite qu'elle voulait déroger au droit romain. En effet, par le droit romain, quand il y avait terme, le vendeur était censé avoir voulu suivre la foi de l'acheteur, et il ne pouvait exercer qu'une action personnelle en payement du prix, de même que lorsqu'il avait livré la chose à titre non précaire. « Sed » nonne, dit la glose [9], hoc ipso videor » habere fidem quod rem trado? Respondeo » sic, nisi forte dicebas te habere pecuniam

[1] J'en ai vu un exemple, lorsque j'étais avocat général à la cour de Corse, dans une affaire très-importante entre le marquis Spinola et le sieur Frediani. Une consultation donnée par des avocats de Paris, pour l'explication de cette clause, n'en avait aucunement saisi la portée.

[2] Grazianus, *Discept. forens.*, t. 3, disc. 523, nos 19 et 20. Mantica, *de Tacitis et Ambiguis*, lib. 4, tit. 24. Zanchi, *de prælatione creditor. exercit.* 1, § 1. Merlin, *Répert.*, vo *Prescription.*

[3] 1re partie, livre 3, vo *Vente de vin saisi.*

[4] Liv. 4, chap. 10.

[5] D'Olive, *loc. cit.*

[6] Ferrières, sur Paris, art. 177, no 11.

[7] Brodeau, sur cet art. 177. Ferrières, *loc. cit.* Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 8, nos 15 et 16. Louet, lett. P, somm. 19.

[8] Brodeau sur Louet, let. H, chap. 21. D'Olive, liv. 4, chap. 10.

[9] Sur la loi 19, Dig. *de contr. empt.*

» ad manus, cum tamen non habeas, et sic » tradidi. Item, quid *si dedi diem solutioni?* » Respondeo : Videor sequi fidem emptoris. »

Mais s'il n'avait pas accordé de terme, s'il n'avait livré la chose qu'à titre précaire, à titre de bail, par exemple, si en un mot il n'avait pas suivi la foi de l'acheteur, alors il pouvait garder la chose *jure pignoris*, ou la reprendre comme lui appartenant encore [1].

Dans notre jurisprudence française, au contraire, le vendeur a un privilége, *quand même il aurait suivi la foi de l'acheteur*. C'est le sens des expressions du Code civil : « *soit qu'il y ait terme ou non.* »

184 *bis*. Pour que le privilége d'un vendeur de meubles puisse être exercé, il faut que ce meuble soit encore *en la possession* de l'acheteur [2].

Ainsi, si l'acheteur avait revendu et livré la chose achetée, le vendeur ne pourrait plus y avoir de privilége. Les meubles n'ont pas de *suite* en France.

Mais si l'acheteur, quoique ayant vendu, n'avait pas livré [3], ou bien si, sans avoir vendu la chose, il ne s'en était dessaisi que pour la remettre à un procureur, alors le vendeur conserverait son privilége (*supra*, 49, 102) [4].

185. Peut-on en dire autant du cas où l'acheteur a donné la chose en gage?

Si l'on se reporte à ce que j'ai dit au n° 169 *bis*, on sera peut-être tenté de se décider pour l'affirmative. Néanmoins, la négative me paraît seule admissible.

Le gagiste n'est pas un procureur. Il possède pour lui-même ; et, dans tout ce qui n'est pas relatif à la prescription, il possède réellement et utilement [5]. On peut même dire que sa possession a quelque chose de plus intime que la possession abstraite du débiteur qui lui a livré la chose. L'acheteur, en donnant en gage la chose achetée par lui, s'est privé du droit de s'en servir ; il ne peut la reprendre à sa volonté. Il est forcé de souffrir un droit plus puissant que le sien. A la vérité, l'acheteur est toujours censé posséder *à l'effet de prescrire*. Mais c'est plutôt par continuation de son ancienne possession que par le résultat de faits actuels. La possession du gagiste doit donc prévaloir sur la sienne.

Ceci ne contredit pas ce que j'ai enseigné ci-dessus n° 169 *bis*. Dans le cas que j'examinais alors, le privilége général dont je cherchais à apprécier l'étendue ne dépendait pas de la possession du débiteur comme il en dépend ici. Il suffisait que la chose continuât à appartenir à ce débiteur. Mais, dans notre espèce actuelle, la propriété ne suffit pas ; il faut encore la *possession*, et il est clair qu'une possession suffisante manque à l'acheteur qui a mis en gage le meuble qu'il a acquis [6].

185 *bis*. J'ai dit ailleurs que le vendeur perd son privilége lorsque la chose n'existe plus en nature [7]. C'est l'opinion générale [8].

186. D'après notre article, le privilége du vendeur ne s'exerce qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles garnissant la maison ou la ferme n'appartenaient pas au locataire.

Cette question de préférence était diversement résolue dans l'ancienne jurisprudence [9].

On vient de voir en faveur de qui le Code civil fait pencher la balance.

C'est au vendeur qui réclame la préférence à prouver que le locateur a eu connaissance que les objets introduits n'appartenaient pas au locataire. On conçoit que cette preuve n'est pas facile à apporter. Voilà pourquoi Tarrible conseille au vendeur jaloux d'assurer son privilége, de notifier par acte au propriétaire de la maison

---

[1] L. 19, Dig. *de cont. empt.*

[2] Loyseau, liv. 3, chap. 8, n° 16. Ferrières, art. 177, n° 4.

[3] Delvincourt, t. 8, p. 17, notes. Grenier, n° 316. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 44, n° 8.

[4] Le propriétaire qui vend à un marchand la coupe d'un bois conserve son privilége sur les bois coupés, bien qu'ils ne soient plus dans la forêt, et qu'ils aient été transportés dans un port pour y être vendus (Dijon, 6 fév. 1819). Le privilége subsiste malgré la faillite de l'acheteur, survenue depuis la vente (même arrêt). Ce dernier point est encore décidé par un arrêt de la cour de cass. de France du 24 mai 1842.

[5] Lois romaines citées ci-dessus, n° 169, et Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 145.

[6] Ferrières, sur Paris, art. 177, n° 5. Brodeau, idem, n° 7. Il cite un arrêt du parlement de Paris du 10 mars 1587, qui l'a ainsi jugé. *Supra*, n° 171.

[7] N°s 109 et suiv. *supra*, et n° 196 *infra*.

[8] Bourjon, t. 2, p. 690, n° 85. Grenier, t. 2, n° 316. Dalloz, v° *Hyp.*, n° 9.

[9] Ferrières, art. 177, n° 7. Bacquet, *Droits de justice*, chap. 21, n° 284. Pothier, *Procéd. civ.*

ou de la ferme, la vente qu'il fera au fermier ou au locataire [1].

187. On demande si le privilége s'étend jusqu'au vendeur des meubles incorporels?

Cette question partage les esprits, quoique, à mon sens, elle ne soit pas susceptible de grandes difficultés. Persil [2] pense que le vendeur de droits incorporels ne peut prétendre à aucun privilége, et la cour royale de Paris l'a ainsi jugé, par arrêt du 18 mars 1825. Mais cette opinion ne paraît pas admissible. Notre article donne privilége au vendeur d'*effets mobiliers*. Or, l'article 535 du Code civil, combiné avec l'article 529, place les meubles incorporels, tels que *créances*, *offices*, etc., dans la classe des effets mobiliers. La vente de ces sortes de meubles est accompagnée de privilége. On ne peut échapper à cette conséquence. Elle a été, au surplus, proclamée par de nombreux arrêts [3], à l'autorité desquels on peut joindre celles de Delvincourt [4], Favard [5] et Dalloz [6], et surtout celle de la chambre des députés, dont le vote est développé dans un rapport de Sapey sur la pétition d'un sieur Lex [7].

De la revendication.

187 *bis*. La revendication est le second droit que la loi donne au vendeur qui n'a pas été payé du prix.

Par la revendication le vendeur peut reprendre la chose qu'il a vendue, *tant qu'elle est en la possession de l'acheteur* (Code civil, 2102.) Le résultat de cette action est de faire réintégrer le vendeur dans la propriété d'une chose qui, quoique sortie de ses mains, n'a pu cesser de lui appartenir totalement, puisqu'il n'en a pas reçu la valeur.

Mais l'exercice de la revendication en matière de vente d'objets mobiliers est soumis à quatre conditions : la première, que la chose vendue soit faite sans terme ; la seconde, que la chose vendue soit en la possession de l'acheteur ; la troisième, qu'elle existe en nature ; la quatrième, que la revendication soit exercée dans le bref délai de la huitaine de la livraison.

Je m'arrêterai sur chacune de ces quatre conditions pour développer les principes de droit qui s'y rattachent. Mais avant tout, comme mon plan est de toujours lier mes explications au droit romain et à l'ancienne jurisprudence, j'examine si, par les lois romaines, le vendeur pouvait exercer la revendication. Puis je parlerai de ce qui avait lieu aux termes du droit coutumier.

188. Par le droit romain, comme par le droit français, la vente était parfaite par le consentement sur la chose et le prix. Mais comme l'acheteur pouvait tarder à s'acquitter du prix, afin que le vendeur ne perdît pas la chose et le prix, on l'autorisa à garder la chose par devers lui *quasi jure pignoris* [8].

---

[1] Merlin, *Répert.*, vo *Privilége*.

On peut admettre que, lorsqu'il est prouvé que le locateur a eu connaissance que les meubles introduits dans la maison louée n'appartenaient pas au locataire, le locateur ne peut pas y exercer son privilége ; mais de là à dire qu'il suffit que le vendeur de meubles fasse notifier au locateur la vente qu'il fera au fermier ou locataire, pour que son privilége prime celui du locateur, ou empêche celui-ci d'y exercer le sien par l'effet de la revendication, il n'y a aucune conséquence nécessaire. Il est de principe qu'en cas de concurrence des deux priviléges spéciaux, du locateur et du vendeur sur les mêmes objets mobiliers, c'est le locateur qui est préféré, parce que son privilége est plus favorable que celui du vendeur. Le conseil de Tarrible n'empêchera pas cette préférence ; car cette notification ne fait pas que le locataire ne soit pas propriétaire des meubles qu'il achète ; dès lors il en a la libre disposition, non-seulement pour les affecter à une créance privilégiée spéciale, telle que celle du locateur, mais encore pour les aliéner en pleine propriété par cession ultérieure ; à telles enseignes qu'en cas d'aliénation ultérieure, le premier vendeur n'aura plus même le droit de les revendiquer, par cela seul qu'ils seront sortis de la possession de son acheteur, ce vendeur eût-il notifié de la manière la plus solennelle, à l'arrière-cessionnaire, qu'il n'était pas payé. Or, qui peut le plus, peut le moins. Celui qui peut revendre avec effet de rendre inopérants le privilége du vendeur et son droit de revendication, peut aussi affecter la chose mobilière vendue d'un privilége nouveau qui, dans l'ordre des préférences, aura le pas sur celui du vendeur primitif. Le privilége du vendeur sur la chose mobilière ne constitue pas un de ces droits acquis qu'il n'est pas au pouvoir de l'acheteur de détruire. (*Note de l'éditeur belge.*)

[2] *Comm.*, art. 2102, § 4, no 4, et *Quest.*, t. 1, chap. 3.

[3] Cass., 28 nov. 1827. Il s'agissait d'une cession de créance. Lyon, 9 fév. 1830. Vente d'un office. Cass., 16 fév. 1831. Vente d'un office. Rejet, 2 janv. 1838. Les expressions *effets mobiliers* embrassent un fonds de commerce.

[4] T. 3, p. 275, notes, p. 505.

[5] Favard, vo *Priviléges*, sect. 1, § 2, no 9.

[6] Dalloz, vo *Hyp. Voy.* aussi Duranton, t. 10, no 126.

[7] *Moniteur* du 10 septembre 1830. Cet important rapport contient un résumé clair et précis de tout le droit qui régit les offices.

[8] L. 13, § 8, Dig. *de act. empt.* L. 22, Dig. *de hæred. vend. Pand.* de Pothier, t. 1, p. 516, no 5. *Supra*, no 181. Cujas, sur la loi 2, § *sine pretio*, Dig. *de cont. empt.*, dit : « Ne venditor et re sua et pretio careat, consulitur illi » hac lege 19. Dig. *de cont. empt.* »

l y a plus, c'est que si le vendeur livrait hose à l'acheteur, mais *sans vouloir suivre oi pour le payement du prix*, il pouvait la endiquer ; cette décision est écrite dans la 19 D. *de cont. empt.*, et dans le § 41 des t. au tit. *de divisione rer. et qual.*, connes à la loi sixième des Douze Tables. uod vendidi, non aliter fit accipientis uam si, aut pretium nobis solutum sit, ut satis, eo nomine, factum, vel etiam dem habuerimus emptori, sine ulla satisctione. » Ce sont les termes de la loi 19, *cont. empt.*

« Venditæ vero res et *traditæ*, non aliter mptori acquiruntur, quam si is pretium enditori solverit, vel alio modo ei satisecerit, veluti expromissore aut pignore lato; quod cavetur quidem etiam leg. XII Tab.; tamen recte dicitur, et jure gentium, d est jure naturali, id effici. Sed si is qui endidit, *fidem emptoris secutus est*, dicenlum est statim rem emptoris fieri. » Inst. *rer. div.*, § 41.

J'ai cru devoir rappeler ces textes : ils pliquent très-bien la cause principale et motif de la revendication, qui, comme on sait, n'est autre chose que la sanction du oit de propriété.

De cette précaution prise par la loi en faur du vendeur, il suivait que toutes les is que la chose vendue se trouvait entre s mains de l'acheteur sans que le vendeur it suivi sa foi, le vendeur était censé conrver la propriété tant qu'il n'était pas yé, et pouvait revendiquer la chose comme mne [1].

189. Mais qu'appelait-on suivre la foi de cheteur ? c'était s'en rapporter à lui pour payement et annoncer l'intention de n'être s payé sur-le-champ.

Ainsi, si le vendeur accordait un terme à cquéreur, il suivait évidemment sa foi; lors il ne pouvait plus revendiquer la chose, devait s'imputer d'avoir été trop confiant, t de n'avoir pas profité des sûretés que lui onnait la loi [2].

Quid, lorsque le vendeur avait fait tradition de la chose ? Dans ce cas, toute la difficulté consistait à savoir si la tradition avait été accompagnée ou non de la circonstance que le vendeur avait voulu suivre la foi de l'acheteur, ce qui dépendait de nuances variables suivant les espèces [3]. Car, tantôt nous voyons que la chose livrée par le vendeur peut être revendiquée par lui, tantôt nous voyons qu'elle ne le peut pas.

C'est ainsi que dans le paragraphe des Institutes cité tout à l'heure, on suppose que, d'après les faits, le vendeur avait livré la chose, sans vouloir suivre la foi de l'acheteur, ce qui peut arriver quelquefois, comme, par exemple, si l'acheteur assure que l'argent est prêt et compté dans sa main, quoiqu'il n'en soit rien, et que le vendeur lui livre la chose sur cette assurance trompeuse [4].

C'est aussi dans le même sens qu'il est question de la tradition dans la loi 50, D. *de act. empt. et vendit.* [5].

Au contraire, dans la loi *incivile* 12, C. *de rei vindicat.*, on suppose que la tradition a été faite sans réserve ni arrière-pensée, et avec le dessein de suivre la foi de l'acheteur [6].

En général, il faut convenir que la tradition *pure et simple*, faite avec la certitude qu'on ne sera pas payé sur-le-champ, emporte avec elle la présomption que le vendeur a voulu suivre la foi de l'acheteur et lui accorder délai. C'est l'opinion de la plupart des auteurs [7].

Pothier veut cependant que l'idée de crédit ne se présume pas, et que ce soit à l'acquéreur à prouver que le vendeur savait qu'il ne serait pas payé sur-le-champ [8]. Cela est juste en principe. Mais dans la pratique, et sauf certaines circonstances [9], il est ordinairement évident que celui qui livre sa chose, sans exiger payement tout de suite, consent à faire crédit à l'acheteur.

Je n'ai pas besoin de répéter qu'il en serait autrement si le vendeur avait été trompé, ou s'il n'avait remis sa chose qu'à titre précaire [10].

---

[1] Cujas, sur la loi 2, § *sine pretio*, Dig. *de cont. empt.*

[2] Glose sur la loi 19, Dig. *de cont. empt. Supra*, n° 184.

[3] Ducaurroy, *Inst. expliq.*, p. 397.

[4] Glose sur la loi 19, Dig. *de cont. empt. Supra*, n° 184.

[5] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 517, n° 6, et note *b*.

[6] Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 102, n° 13. Cujas, *Récit. solennelles* sur la loi 2, § *sine pretio*, Dig. *de cont. empt.*

[7] Glose, *loc. cit.* Favre, Code, liv. 3, tit. 7, déf. 6. Grazianus, *Discept. forens.*, t. 3, cap. 523, n°s 19 et 20.

[8] Pothier, *Vente*, n° 325.

[9] Ducaurroy dit très-bien : « Cette volonté ne se » présume pas, et la preuve, *à moins qu'elle ne résulte* » *des circonstances*, doit être fournie par l'acheteur. » Tit. 1, n° 398.

[10] L. 3, C. *de pactis inter empt.* L. 16, Dig. *de periculo et commodo*, etc. L. 20, § dernier, Dig. *loc. conducti.* Cujas, lib. 34, *Pauli ad edict.*

190. J'ai dit (*supra*, 188) que c'était pour que le vendeur ne perdît pas la chose et le prix, que l'on avait établi le principe que tant que la chose n'était pas payée, le vendeur restait propriétaire.

L'équité naturelle exigeait en effet cette précaution. Car il faut savoir que, dans les principes du droit romain, la vente ne pouvait être résolue pour défaut d'exécution des conventions de la part des parties, et que la condition résolutoire n'y était pas sous-entendue, comme dans nos contrats. Ainsi, quoique l'acheteur fût en demeure de payer le prix, le vendeur ne pouvait pas pour cela demander la résolution : il ne pouvait exiger que le payement du prix par l'action personnelle. « Si vineas distraxisti, » nec pretium numeratum est, actio tibi » pretii, non eorum *quæ dedisti repetitio* » *competit.*.» Ainsi s'exprime la loi 8, C. *de cont. empt.*; la même idée est reproduite dans la loi 14, C. *de rescind. vendit.* [1].

Pour faire résoudre la vente pour défaut de payement du prix, il fallait qu'il y eût une convention expresse qu'on appelait *lex commissoria* [2].

On sent que cette impossibilité de faire résoudre la vente, jointe à ce que le vendeur n'avait pas de privilége sur le prix, pouvait compromettre de la manière la plus grave ses intérêts, lorsque l'acquéreur était devenu insolvable, et qu'il avait hypothéqué à d'autres la chose vendue.

On remédia donc en partie à cet inconvénient, en faisant résider sur la tête du vendeur la propriété de la chose vendue, tant que le prix n'était pas payé par l'acheteur dont la foi n'avait pas été suivie. Dans ce cas, le vendeur pouvait reprendre sa chose par l'action *rei vindicatione* qui appartenait au propriétaire, et il n'avait pas besoin de faire résoudre la vente.

191. Tels étaient les principes du d[roit] romain sur la revendication.

Pendant longtemps ces principes ont [été] ceux du droit français. La revendicatio[n de] la chose vendue ne pouvait y avoir lieu [que] suivant les conditions qui viennent d'ê[tre] rappelées [3].

Mais ensuite il s'opéra un changem[ent] important. Après avoir obéi à la règle [du] droit romain, que la condition résolut[oire] n'était pas sous-entendue dans le contrat [de] vente pour défaut d'exécution des obli[ga]tions des parties, on finit par se démett[re], dans les tribunaux, de la rigueur de [ces] principes, et l'on admit le vendeur à [de]mander la résolution du contrat de ve[nte] pour cause de défaut de payement du pri[x], quoiqu'il n'y eût pas de pacte com[mis]soire [4].

Au moyen de ce changement, soit qu'il eût terme accordé, soit qu'il n'y en eût pa[s], soit que le vendeur eût ou non suivi la f[oi] de l'acheteur, le vendeur non payé pouv[ait] toujours reprendre la chose, en faisant ré[si]lier la vente pour inexécution de la conve[n]tion de la part de l'acheteur.

192. Malgré cette innovation, qui, éla[r]gissant le droit du vendeur, semblait rendr[e], par conséquent, inutile le droit de revendi[]cation, les réformateurs des coutumes n'e[n] continuèrent pas moins à conserver ce droit et à exiger, comme par le passé, que l[es] choses mobilières ne fussent revendiqué[es] qu'à la condition *sine qua non* que la vent[e] aurait été faite *sans jour ni terme.*

193. C'est aussi ce qu'a voulu le Code ci[]vil, et, au premier coup d'œil, on est tent[é] de dire que le droit de revendication qu'i[l] confère au vendeur fait double emploi ave[c] le droit de faire résoudre la vente en cas d[e] non payement du prix, droit de résolution qui, quoi qu'en dise Delvincourt [5], appar[]tient au vendeur de meubles qui a livré s[a] chose [6] comme au vendeur d'immeu[bles].

---

[1] Pothier, *Vente*, n° 476. Cujas, sur les lois 4 et 5 du C. *de oblig. et act.* Doneau, *Comm.*, t. 8, p. 755. *Infra*, n° 222, je relève une erreur de Grenier.

[2] L. 8, C. *de cont. empt.* Ducaurroy, n° 1043. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, n° 621.

[3] Art. 194, vieille cout. de Paris. Art. 176 de la nouvelle. Art. 458, *Orléans*.

[4] Despeisses, t. 1, section finale, n° 19. Pothier, *Vente*, n° 476. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, n° 621.

[5] T. 3, p. 157, n° 645.

[6] Dans la pratique, ce droit de résolution qu'aurait le vendeur de meubles qui a fait délivrance, serait presque toujours inutile et souvent préjudiciable aux intérêts bien entendus du vendeur. Inutile, dès que l'acheteur s[e] serait dessaisi en faveur d'un tiers par une aliénation subséquente ou même par l'affectation d'un privilége plus favorable que celui du vendeur, tel que celui du locateur sur les meubles et effets garnissant la maison ou la ferme louée. Il serait dès lors plus vrai de dire qu'il n'y a plus de résolution possible; car l'effet de la résolution est de remettre la chose et les parties au même état qu'elles étaient avant le contrat, ce qui entraine la résolution nécessaire de tous les droits que des tiers peuvent avoir obtenus sur la chose objet du contrat résolu, en vertu de la maxime : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Inutile encore, lorsque l'acheteur se trouvant en

les [1]; on se demande à quoi peut servir au vendeur la revendication, si limitée dans son exercice, tandis que dans tous les cas il peut reprendre sa chose par voie de résolution de contrat; on s'étonne que l'on ait conservé les principes du droit romain en matière de revendication de l'objet vendu, lorsque ces principes ont été bouleversés et sont devenus sans objet par l'introduction toute moderne de la clause résolutoire tacite dans les contrats bilatéraux; enfin on est frappé du contraste qui paraît exister entre notre article, qui semble supposer que la propriété [2] réside encore sur la tête du vendeur non payé, et l'art. 1583, qui déclare que, quoique le prix ne soit pas soldé, la propriété est acquise de droit à l'acheteur.

Ces objections sont graves, mais elles ne sont pas sans réplique, et l'on finit avec un peu de réflexion par absoudre le législateur.

Il y a plusieurs différences importantes entre le droit de revendication et le droit de résolution. Le premier suppose que la propriété n'a pas été aliénée; le second suppose que la vente en a opéré la transmission [3].

Quand on exerce le droit de revendication, on n'a pas besoin d'obtenir, avant tout, que le contrat soit détruit et les choses replacées dans leur ancien état. L'action en revendication suppose de *plein droit* qu'il n'y a pas eu de vente valable, et que l'aliénation n'a pas été consommée. Au contraire, celui qui agit en résolution de contrat admet que ce contrat a reçu sa perfection; il doit en poursuivre l'anéantissement pour des causes survenues *ex post facto*, et il est exposé à voir le juge accorder un délai, pour le payement, au débiteur (Code civil, 1184). L'action en revendication est réelle [4]. L'action en résolution est personnelle, *in rem scripta* [5]. L'action en revendication est prompte et décisive; le poursuivant peut saisir la chose avec éclat, et nuire, par conséquent, au crédit du débiteur; celui qui demande la résolution ne peut pas procéder d'une façon aussi expéditive; avant d'agir par des voies d'exécution, il faut qu'il ait obtenu la résolution en justice. Il suit de là que ce serait une erreur de confondre ces deux actions l'une avec l'autre; que l'action en revendication est beaucoup plus grave que l'action en résolution; que le Code a donc pu mettre ces deux moyens à la disposition du vendeur, sans opérer un double emploi; enfin, que plus la revendication contient en elle de sévérité, plus il était nécessaire de la renfermer dans des limites étroites.

Quant à l'antagonisme qu'on relève entre notre article et l'art. 1583, il se résout en

---

possession, au moment de la demande en résolution, trouverait bon, pour se soustraire à ses effets, de transmettre la chose mobilière à un tiers acquéreur de bonne foi; car la simple demande en résolution n'opère pas de droit de suite sur la chose mobilière entre les mains des tiers, lorsque ceux-ci sont de bonne foi. Il est donc démontré que ce droit de résolution, pour le vendeur non payé qui a fait délivrance, serait illusoire. Il pourrait devenir préjudiciable au vendeur, si, pour y recourir d'emblée, il négligeait son droit bien plus actuel et plus réel de revendication, ou de privilége; car la résolution obtenue, il n'est plus que créancier personnel de l'acheteur, à un tout autre titre que celui du vendeur dont la qualité n'existe plus en lui, puisque la résolution prononcée fait disparaître la vente. Ne perdons pas de vue que nous versons dans l'hypothèse d'une vente de meubles, et qu'il ne s'agit pas des effets possibles que produit la résolution d'une vente d'immeubles qui restent affectés du droit de suite par revendication entre les mains des tiers, même de bonne foi; tandis que pour les meubles, la maxime que *la possession vaut titre* dispense le tiers acquéreur d'indaguer sous quelles conditions le premier acheteur les a obtenus, pourvu qu'ils ne soient point volés. Donc le vendeur doit, pour conserver son privilége, qui réside dans le contrat de vente, maintenir ce contrat au lieu de l'effacer, et pour cela, il doit s'abstenir de recourir à la résolution.

Dans d'autres cas, et notamment lorsqu'il n'y a pas encore eu de tradition, il est incontestable que le vendeur de choses mobilières peut avoir intérêt à recourir à l'action résolutoire; mais ce n'est plus alors comme à un moyen subsidiaire à son droit de privilége ou de revendication, qui supposent la tradition. Par exemple: Pierre vend à Paul une cargaison de denrées coloniales, encore sous voile, à bord de tel navire déterminé, sans qu'il délivre les connaissements. L'acheteur ne remplit pas la condition qui lui était imposée, de payer le prix à jour fixe, avant l'arrivée du navire; dans ce cas, Pierre pourra demander, utilement et avec avantage, la résolution de la vente; il le devra même, car dans ce cas la résolution n'ayant pas lieu de plein droit, Paul, avant d'être mis en demeure expresse, pourrait encore être admis à payer après le jour fixé, la résolution de plein droit n'ayant lieu que par défaut de retirement, au terme fixé, de la chose mobilière vendue, et non par défaut de payement. Arg. des art. 1657 et 1184 combinés du Code civil.

En ce sens, l'opinion de Delvincourt doit être préférée à celle de Troplong. (*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Pardessus, n° 289. Arrêt de Paris, 18 août 1829. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, n° 645.

[2] La revendication suppose la propriété. *Suprà*, n° 188.

[3] Il ne faudrait pas argumenter de ce qu'en droit romain le pacte commissoire produisait *revendication*. Il y a entre le pacte commissoire et l'action résolutoire des différences graves que je signale *infra*, n° 224.

[4] *Rei vindicatio est actio in rem, etc.* Huberus, sur le Dig., p. 766, n° 2.

[5] *Voy.* mon *Comm. de la vente*, n° 624.

une simple exception introduite à la règle générale, en faveur d'un cas particulier. Toutes les fois qu'il n'y a pas lieu à revendication, le principe de l'art. 1583 conserve toute sa force, et notre article est loin de le renverser. En droit, rien n'est plus fréquent que de voir des exceptions arriver, pour déroger par quelque côté au principe général.

Ceci posé, passons à l'examen des conditions requises pour l'exercice de la revendication.

194. La première condition que la loi exige pour autoriser l'exercice de la revendication, c'est que la vente soit faite *sans terme*.

Dans les observations qui précèdent, j'ai fait suffisamment connaître le motif de cette disposition. Je n'y reviens plus.

Si la vente est faite avec terme, alors le vendeur, ayant suivi la foi de l'acquéreur, ne peut exercer la revendication. Il faut que la vente soit faite *fide græcâ*, c'est-à-dire, à deniers comptants. Car les Grecs ne faisaient point de crédit, et on n'avait rien chez eux que l'argent à la main [1].

195. La seconde condition est que la chose vendue soit encore en possession de l'acheteur.

Si l'acheteur avait fait passer à un tiers la possession de l'objet vendu, le vendeur serait privé du droit de revendication [2].

Il n'en était pas ainsi sous l'empire de la coutume de Paris, d'où cependant est tirée la disposition du Code civil qui m'occupe en ce moment.

D'après l'art. 176 de cette coutume, le vendeur sans jour ni terme pouvait poursuivre sa chose *en quelque lieu qu'elle fût transportée*.

Ainsi, si l'acheteur avait revendu la chose à un tiers, le vendeur originaire pouvait revendiquer cette chose entre les mains de ce tiers (pourvu que ce fût dans un bref délai, sans quoi on aurait supposé qu'il avait tacitement accordé un terme) [3].

Le Code civil a pensé que cet état de choses pouvait avoir de graves inconvénients, nuire au commerce, et tromper la bonne foi des tiers acheteurs. Il exige, par conséquent, que la revendication ne puisse avoir lieu qu'autant que la chose est en la possession de l'acheteur et qu'elle n'est pas passée en mains tierces. Ainsi, si la chose était revendue mais non livrée, le vendeur primitif pourrait revendiquer [4].

196. La troisième condition est que la chose existe dans les mains de l'acheteur, *dans le même état*.

Ainsi, dit Tarrible, si le vin avait été mis en bouteilles, si les comestibles avaient été entamés, il ne serait pas possible d'exercer la revendication [5].

De même dans l'usage du Châtelet, attesté par Ferrières [6], la revendication ne pouvait plus avoir lieu lorsque les ballots avaient été défaits, et que les marchandises qu'ils contenaient en avaient été tirées pour être exposées en vente. Cela est fondé sur la grande difficulté de constater l'identité des objets.

Brodeau [7], Mornac [8] et Ferrières [9] rapportent l'espèce suivante :

Un fondeur de cloches avait vendu des cloches aux habitants d'une paroisse. Ceux-ci les avaient fait monter et mettre dans le clocher. Le vendeur, n'en pouvant être payé, poursuivit les acheteurs, et demanda qu'il lui fût permis de faire ôter les cloches du clocher. On soutenait qu'il y était non recevable, parce que les cloches ayant été bénites, elles n'étaient plus dans le commerce, qu'il en avait perdu la propriété, et partant que le droit de revendication ne lui appartenait plus [10].

Néanmoins, par arrêt du parlement de Paris, du 27 février 1603, il fut ordonné que, faute par les habitants de payer dans

[1] Plaute, *Asinaria*. Platon, lib. 11, *de legib.* D'Olive, liv. 4, chap. 10, add.

[2] Pardessus, nº 289. — Des arbres vendus par un jardinier ne peuvent plus être revendiqués par lui, en cas de non-payement, lorsqu'ils sont implantés sur le sol de l'acheteur. (Paris, 9 avril 1821.)

[3] Ferrières, sur l'art. 176, nº 13. Chopin, idem, nº 8. L. *si quis*, Dig. *de cont. empt.*

[4] Delvincourt, t. 8, p. 17, nº 2. — Lorsqu'il y a eu vente en bloc de toutes les diverses marchandises contenues dans un magasin, s'il est avoué qu'à l'époque de sa faillite l'acquéreur en a débité une grande partie, la revendication de ce qui reste ne peut être exercée, en ce qu'il y a impossibilité de reconnaître si les marchandises restantes sont identiquement les mêmes que celles vendues; et si, dans l'intervalle de la vente à la faillite, l'acquéreur n'en a pas échangé ou fait entrer de nouvelles dans le magasin. (Bourges, 25 fév. 1826; cass., 17 oct. 1814.)

[5] Merlin, *Répert.*, vº *Privilége*.

[6] Art. 176, nº 21. Ce qui est confirmé par l'art. 580 du Code de commerce.

[7] Art. 177, Cout. de Paris.

[8] Sur la loi *procuratoris*, § *plane*, Dig. *de trib. act.*

[9] Art. 176, nº 24.

[10] Inst. *de rer. divis.*, § *res sacræ*, l. 21, C. *de sacros. eccles.* L. 6, Dig. *de acq. rer. dominio.*

n certain temps, les cloches seraient enlevées.

On peut voir, nos 109 et suivants, ce que j'ai dit des mutations qui peuvent survenir dans la nature d'une chose [1].

197. La quatrième condition à laquelle la loi soumet le vendeur, c'est qu'il exerce la revendication dans la *huitaine de la livraison*.

Cette condition est fondée sur le même principe qui a fait exiger que, pour qu'il y ait lieu à la revendication, la vente fût faite *sans jour ni terme*. On suppose que, s'il s'écoulait plus de huit jours sans réclamation, le vendeur aurait suivi la foi de l'acquéreur, et que, dès lors, ce dernier serait devenu propriétaire.

Dans l'ancienne jurisprudence, le délai pour l'exercice de la revendication n'était pas fixé, en sorte que l'on disputait beaucoup pour savoir quel laps de temps devait s'écouler, afin de juger si le vendeur avait voulu accorder tacitement un délai de grâce et suivre la foi de l'acheteur.

Mornac voulait que la revendication fût exercée *confestim* [2].

Ferrières trouvait que huit jours, ou *environ*, étaient un délai suffisant pour faire dire que le vendeur avait voulu donner tacitement jour et terme [3].

Le Code civil a fixé un terme qui lève tous les doutes, mais qui aussi ne peut être dépassé sans que le vendeur soit privé tout à fait de l'exercice de la revendication. Ce terme est la huitaine de la livraison à l'acheteur.

198. Mais, si le délai pour revendiquer était expiré, je crois, sans hésiter, que le vendeur pourrait recourir au moyen moins direct, mais plus large, de l'action en résolution de contrat (*supra*, 193) [4].

Il en est de même dans tous les autres cas où l'action en revendication ne trouve pas sa place. On peut y suppléer par la voie de la résolution, qui est la règle générale dans tous les contrats bilatéraux.

Ainsi, une triple garantie est offerte au vendeur non payé, savoir : le privilége et la revendication dont parle notre article ; et l'action en résolution autorisée par les art. 1656 et 1184 du Code civil.

199. Après avoir parcouru avec des détails suffisants ce qui concerne le privilége et la revendication, il me reste à dire un mot sur ce qu'on doit entendre par *vendeur non payé*.

Pour cela, il faut distinguer le cas où il s'agit du privilége, du cas où il s'agit de la revendication.

La loi ayant accordé un privilége au vendeur quand même *il aurait suivi la foi de l'acheteur*, on ne doit pas appliquer ici le principe des lois romaines qui voulait que le vendeur fût privé d'un recours sur la chose vendue, et fût livré aux chances d'une simple action personnelle, lorsqu'il avait reçu une caution ou toute autre garantie [5]. Il importe peu que l'acquéreur dont la foi a été suivie soit devenu *propriétaire* véritable de la chose. Cela ne nuit pas au privilége, dont la nature a ceci de remarquable, qu'il ne peut s'exercer que sur la chose dont on n'est pas propriétaire. En fait, un vendeur qui a fait *cautionner* son payement n'est pas *payé* pour cela. Or, s'il n'est pas payé, il doit avoir privilége.

Grenier dit cependant avec Basnage qu'on doit appliquer ici les lois romaines [6]. Mais comment cela pourrait-il se faire ? N'y a-t-il pas, en matière de privilége, une différence radicale entre le droit romain et le droit français ? Ne sait-on pas, d'abord, que celui-ci donne au vendeur un privilége que l'autre lui refusait ? N'est-il pas certain, d'autre part, que le privilége a lieu dans nos lois, quand même il y aurait terme, ou quand même le vendeur aurait suivi la foi de l'acheteur (*supra*, 184) ; tandis que d'après les lois romaines, le vendeur qui avait suivi la foi de l'acheteur et accordé délai, n'avait de ressource que dans l'action personnelle en payement du prix ? On ne peut donc emprunter au droit romain des décisions fondées sur de trompeuses analogies.

Grenier se prévaut d'un arrêt de Paris du 24 décembre 1816 [7]. Mais, quelles que soient certaines expressions qu'on pourrait critiquer dans les considérants, les faits qui

---

[1] *Voy.* aussi mon *Comm. de la vente*, combiné avec ce que j'ai dit *supra*, no 113.

[2] Sur la loi *procuratoris*, § *plane*, Dig. *de trib. act.*

[3] Art. 176, Cout. de Paris, no 19.

[4] Mais sans résultat utile, ainsi que nous l'avons démontré dans la note sur le no 193, *supra*. Or, l'intérêt est la mesure des actions.

[5] Inst. *de rer. divis.*, § 41.

[6] Basnage, chap. 14. Grenier, t. 2, no 317.

[7] Dalloz, vo *Hyp.*, p. 47. Sirey, t. 17, 2e part., p. 270.

ont donné lieu à cette décision sont tels que Grenier ne peut en tirer aucun avantage. Fusi, joaillier italien, avait acheté de Perret, joaillier à Paris, un saphir d'Orient pour le prix de 170,000 fr. Fusi avait donné en payement : 1° des bijoux et brillants pour la somme de 98,455 fr. ; 2° un billet à ordre de 71,545 fr. payable à présentation et reçu par Perret *pour solde*. Fusi étant tombé en déconfiture, les créanciers saisissent le saphir. Dans l'ordre qui s'ouvre après la vente aux enchères, Perret demande à être payé par privilége en sa qualité de vendeur. Les créanciers lui opposent qu'en recevant pour solde un bon souscrit par Fusi, il avait opéré novation; que son titre n'était plus dans sa qualité de vendeur, mais dans un simple billet qui le laissait dans la classe des créanciers chirographaires. C'est le système que la cour adopta. « Considérant que la » vente du saphir a été consommée par sa » remise ès mains de Fusi et par le *payement* » ou *échange* opéré par la remise à Perret de » diamants, de perles et d'un bon accepté » par lui pour solde. »

Ces expressions prouvent clairement que la cour a pensé qu'il y avait novation dans l'espèce, et, par conséquent, extinction du privilége d'après l'art. 1278 du Code civil. Mais ce n'est pas là appliquer la disposition du § 41 des Inst. au titre *de rer. divis.*; ainsi que le prétend Grenier.

199 *bis*. Au surplus, cette décision de la cour de Paris ne peut se soutenir. Il est faux que dans l'espèce il y eût novation, et que le vendeur eût été payé dans le sens de la loi [1].

Quoiqu'il y ait des arrêts assez nombreux qui ont décidé que la dation de billets opère une libération et conduit à fin le contrat de vente [2], on ne doit pas les suivre, et il faut se ranger à l'opinion beaucoup plus juridique [3] qui veut que le payement en billets soit toujours subordonné à la condition de l'*encaissement*. C'est ce qu'ont décidé plusieurs arrêts [4], parmi lesquels je citerai un arrêt de Nancy du 4 janvier 1827, rendu après une discussion approfondie, et sur mes conclusions conformes [5]. Il est clair que le créancier qui reçoit un papier en payement n'entend donner quittance qu'à la charge que les billets seront payés à l'échéance. La novation ne se suppose pas; et, pour y arriver, il ne faut pas surtout fausser la pensée des parties contractantes [6].

199 *ter*. Voyons maintenant ce qu'on doit entendre par vendeur *non payé* lorsqu'il s'agit de l'exercice de la revendication.

On se rappellera que la revendication ne peut avoir lieu si le vendeur a accordé terme. Il suit de là que, s'il reçoit en payement des billets dont le terme n'est pas échu, il ne pourra pas revendiquer : car la réception de ces effets empêcherait que la vente fût pure et simple; elle en ferait une vente avec terme de payement. On ne pourrait opposer à cette doctrine un arrêt de Rouen, 4 janvier 1825, qui autorisa un vendeur à exercer la revendication, quoiqu'il eût reçu son payement en billets non échus. Dans cet arrêt, il s'agissait non pas de la revendication organisée par notre article, mais de celle qui est accordée par l'art. 576 du Code de commerce. Or, dans ce dernier cas, l'exercice de la revendication peut avoir lieu quoiqu'il y ait terme de payement accordé.

Si celui qui se prévaut de notre article pour revendiquer la chose vendue avait reçu des billets échus, comme il n'aurait pas accordé de terme, je pense qu'en cas de non payement de ces billets il n'y aurait pas d'obstacle à son action.

200. Notre article annonce qu'il n'apporte aucune modification aux lois et usages du commerce sur la revendication. Mon but n'est pas de m'occuper de cet objet, qui se rattache au développement de la loi commerciale. Je me borne à dire que le vendeur, en matière de commerce, n'a point de

[1] Plusieurs auteurs partagent cependant l'opinion de la cour de Paris. Domat, liv. 5, tit. 1, sect. 5, n° 4. Persil, *Comm.*, art. 2103, § 1, n° 6. Grenier, n° 385. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 48, n° 4.

[2] Cass., 2 janv. 1807 (Sirey, t. 7, 1re part., p. 61. Dalloz, v° *Obligat.*, p. 602). Colmar, 4 janv. 1806 (Dalloz, *loc. cit.*). Paris, 7 déc. 1814 (Dalloz, *loc. cit.*). Douai, 5 août 1818 (Dalloz, *loc. cit.*).

[3] Pardessus, n°s 195 et suiv. Merlin, *Répert.*, v° *Novation*.

[4] Cass., 19 août 1811 (Dalloz, *Obligat.*, p. 603.) Rouen, 2 avril 1811 (Dalloz, *loc. cit.*). Cass., 6 nov. 1823 (Dalloz, *loc. cit.*). Rouen, 4 janvier 1825. Cass., 25 janvier 1826.

[5] Dalloz, t. 27, 2e part., p. 44.

[6] Le vendeur d'une chose mobilière qui a accepté en payement du prix un billet souscrit par l'acheteur ne conserve pas un privilége sur la chose vendue. (Paris, 14 déc. 1816; Grenier, n° 317; Persil, n° 6. — *Contra*, Gand, 24 mai 1833.) On voit que Troplong partage l'avis de la cour de Gand.

vilége sur le prix, qu'il peut seulement ercer la *revendication* dans les cas prévus r l'art. 576 du Code de commerce. Cette ception au droit commun a été positivement énoncée par Tarrible, orateur du trinat. « S'il en était autrement, dit-il, le but qu'on se propose en restreignant la revendication serait manqué, puisque le vendeur auquel on refuserait la restitution de sa marchandise en obtiendrait l'équivalent dans le recouvrement exclusif du prix. » orsqu'un marchand vend à un autre des jets destinés à entrer dans son commerce, sait que ces objets seront mis en circulan, et il n'est pas possible qu'il vende avec pérance d'exercer un privilége, puisque privilége ne peut avoir lieu qu'à la contion que la chose vendue est dans la *possion* de l'acheteur. Il sait aussi que, le édit faisant la base du commerce, les marandises qui vont entrer dans les magasins e son acheteur appelleront la confiance; ue le public y verra une garantie, et aprtera ses fonds, dans la pensée qu'un actif uffisant reposant sur ces marchandises et ur tout ce qui garnit les magasins, répondra des sommes prêtées. La cause du vendeur est donc effacée ici par celle du public, et la vente de ces marchandises est par ellemême exclusive de l'idée de privilége [1]. Si cependant l'acheteur avait acheté des objets qui ne devaient pas entrer dans son commerce, tels que meubles meublants, instruments aratoires, glaces, bois de chauffage domestique, le vendeur serait dans le droit commun, et pourrait demander privilége [2]. La raison en est que ces choses ne sont pas destinées à être jetées dans le mouvement commercial, qu'elles ne garnissent pas les magasins, et qu'elles n'offrent pas, par conséquent, de garantie à ceux qui, évaluant le crédit du négociant d'après la valeur de son fonds de commerce, consentent à lui prêter de l'argent en vue de l'importance de ce fonds. Tels sont les principes. Mais l'application en est souvent difficile, parce qu'elle dépend de l'appréciation d'actes de *commerce réciproque*, dont la qualification n'est pas sans embarras [3].

C'est ainsi, par exemple, qu'on n'est pas d'accord sur la question de savoir si le mécanicien qui a vendu une machine à un fabricant peut, en cas de faillite, exercer privilége sur le prix [4]. Mon avis est qu'il n'y a pas lieu au privilége. Outre qu'une pareille opération est un acte de commerce réciproque, ainsi que l'enseigne Pardessus, (n° 51), il faut reconnaître que la machine, qui garnit les ateliers de l'acheteur fait partie de *son fonds de commerce*, et a pu déterminer, par conséquent, la confiance de ses créanciers. Je pense donc qu'on ne doit pas s'arrêter aux arrêts que je cite dans la note 3 et qui ont adopté un sentiment contraire. L'art. 191 du Code de commerce me fortifie dans cette opinion; car il prouve que le vendeur du navire perd son privilége lorsque le bâtiment est entré dans le mouvement commercial par un premier voyage. L'analogie n'a-t-elle pas ici quelque chose de frappant ?

Du reste, je n'ai pas besoin de dire que la vente qu'un simple particulier ferait à un commerçant d'objets que celui-ci aurait achetés pour revendre, serait privilégiée; la qualité de l'acheteur ne peut rejaillir sur le vendeur et enlever à ce dernier le bénéfice du droit commun [5].

200 *bis*. Tout ce qui a été dit sur le privilége du vendeur est-il applicable au cas d'échange ? Brodeau enseigne l'affirmative, et il se fonde sur un arrêt du parlement de

---

[1] En matière commerciale, le vendeur de *marchandises* n'a pas, au cas de faillite de l'acheteur, privilége sur le prix de ces objets; il n'a d'autre droit que celui de revendication.

Mais il en est autrement, et le privilége existe même au cas de faillite, à l'égard des objets mobiliers qui n'ont pas le caractère de marchandise. (Gand, 24 mai 1833. Sirey, t. 34, 2e part., p. 561. Caen, 1er août 1837. Sirey, t. 37, 2e part., p. 401. Rouen, 29 nov. 1837. Sirey, t. 38, 2e part., p. 97.) *Sic*, Tarrible, *Répert.*, v° *Priv.*, sect. 3, § 2, n° 11. Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*. Grenier, t. 2, n° 318. Pardessus, n° 498. Boulay-Paty, *des Faillites*, t. 2, p. 20. Dalloz, v° *Faillite*.—*Contra*, Persil, sur l'art. 2102, § 4, *eod. verb.*

[2] Pardessus et Dalloz, *loc. cit.*

[3] *Voy.* au surplus les arrêts cités dans Dalloz, *loc. cit.* et un arrêt de Nancy, 28 déc. 1829. Brux., 6 fév. 1839. Gand, 26 mars et 24 mai 1833. Rouen, 13 janv. 1824. Brux., cass., 27 fév. 1837.

Au cas de vente entre commerçants, s'il s'agit de marchandises susceptibles d'être manufacturées, et qui peuvent se confondre avec d'autres marchandises du même genre, le vendeur n'a que l'action en revendication établie par l'art. 576, Code comm.; s'il s'agit, au contraire, d'objets mobiliers reconnaissables, et qui ne changent pas de nature par l'usage, par exemple, une tondeuse (machine servant à la fabrication des draps), le vendeur peut, comme en matière civile, exercer le privilége établi par l'art. 2102, § 4. (Rouen, 13 juin 1824. Brux., 16 août 1832.)

[4] Rouen, 13 janvier 1824 (Dalloz, v° *Faillite*). Cass., 23 déc. 1829.

[5] Dijon, 6 février 1819 (Dalloz, v° *Faillite*). Liége, 16 déc. 1820 (Dalloz, v° *Faillite*).

Paris du 8 mars 1606. Mais je ne crois pas que cette opinion puisse être suivie; car les priviléges ne doivent pas être étendus par analogie. La question a été jugée contre l'échangiste en matière d'immeubles par arr de Turin du 10 juillet 1813 [1]. Il y a par de raison lorsqu'il s'agit de meubles [2].

§ V. *Privilége de l'aubergiste.*

201. L'aubergiste est privilégié pour ses fournitures sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge. L'article 175 de la coutume de Paris donnait un privilége semblable. « Dépens d'hôtelage » livrés par hôtes à pèlerins ou à leurs che» vaux sont privilégiés, et viennent à préfé» rer devant tout autre sur les biens et che» vaux hôtelés, et les peut retenir jusqu'à » payement ; et si aucun autre créancier les » voulait enlever, l'hôtelier a juste sujet de » s'y opposer. » Ce privilége est très-favorable puisqu'il est fondé sur la cause des aliments, et sur ce que les aubergistes, étant obligés par état de recevoir tous les voyageurs qui se présentent, sans les connaître, seraient exposés, sans cette assurance, à perdre le montant de leurs fournitures. Joignez à cela la circonstance que l'aubergiste est censé avoir les effets du voyageur en gage, et que de plus il en est responsable [3].

202. Notre article ne s'applique qu'à ceux qui font un négoce honnête de recevoir les voyageurs pour les héberger. Mais il ne protégerait pas ceux qui tiennent de mauvais lieux, et donnent à jouer à des jeux défendus. C'est la remarque de Dumoulin [4], *item fallit in eo qui præberet ludis vetitis*. Je pense aussi qu'on ne doit pas l'étendre aux *cabaretiers* et *taverniers* qui donnent à boire et à manger aux habitants du lieu. Notre article ne fait peser le privilége que sur les *voyageurs*. D'ailleurs les cabaretiers et taverniers sont en général peu favorables [5], car on peut souvent les accuser de prêter la main au désœuvrement et à la ruine des gens du peuple.

203. Dumoulin fait une autre remarque qui n'a pas eu l'assentiment de tous les auteurs. Il prétend que le privilége de l'aubergiste cesse pour les dépenses excessives qui sont faites chez lui, parce qu'elles sont contraires aux bonnes mœurs. Mais c'est pousser la rigueur trop loin. On a fort bien remarqué que l'aubergiste n'est pas le surveillant de ceux qui prennent l'hospitalité chez lui, qu'il ne lui appartient pas de régler leurs dépenses, et qu'il est obligé par la nature de son état de faire les fournitures qu'on lui demande.

204. C'est sur les effets transportés dans l'auberge que le privilége existe; il ne peut s'étendre à autre chose.

Ici on a agité quelques difficultés qu'il convient de résoudre.

La première est de savoir si le privilége ne frappe que sur les effets appartenant au voyageur, ou bien s'il s'étend aussi à ceux qui, quoique n'appartenant pas au voyageur, sont cependant transportés par lui dans l'auberge.

Je crois la solution facile. L'aubergiste n'est pas obligé de s'informer si les objets déposés chez lui appartiennent ou non au voyageur. Il suffit qu'ils soient introduits dans son hôtel pour qu'ils les considère avec raison comme son gage. Cela me paraît être aussi conforme à l'esprit de la loi qu'à son texte [6]. Car notre article ne dit pas que le privilége aura lieu sur les effets *appartenant au*

[1] Sirey, t. 14, 2e part., p. 23. Dalloz, vo *Hyp.* Voy. *infra*, no 215.

[2] On peut ajouter pour fortifier cette opinion, lorsqu'il s'agit de meubles, le texte de l'art. 1705 du Code civil qui ne donne à l'échangiste évincé que l'alternative de conclure à des dommages-intérêts, ou de répéter sa chose. Cette répétition est une revendication dont la durée est moins limitée que celle du vendeur, auquel la loi ne l'accorde que dans la huitaine, parce qu'il a, outre cela, son privilége. On ne peut pas dire que ces dommages-intérêts, qui sont à libeller et à liquider par le juge, soient le prix de la chose de l'engagiste évincé. Or, l'article 2102, no 4, n'accorde le privilége que pour *un prix de vente*. (*Note de l'éditeur belge.*)

[3] L'aubergiste a, outre le privilége que lui confère le § 5 de l'art. 2102, Code civ., le droit de retenir jusqu'au payement les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge. (Liége, 24 décembr 1839.)

Le privilége conféré par le § 5 de l'art. 2102 est puisé dans l'art. 175 de la coutume de Paris. C'est le principe de rétention de cet article que consacre l'arrêt de la cour de Liége. *Voy.* Rouen, 16 mess. an 8. *Pasicrisie*, et la note.

[4] Sur l'art. 174, Cout. de Paris.

[5] *Répert.*, vo *Prescription*.

[6] Grenier, *Hyp.*, t. 2, no 319; *Persil*, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2102, § 5. *Questions*, t. 1, p. 35; Zachariæ, *Cours de droit civil*, t. 2, § 261, note 27.

voyageur, mais bien sur les effets transportés dans l'auberge. Telle est l'opinion de Ferrières [1], Persil [2], Favard [3] et Dalloz [4].

Je trouve cependant des principes contraires énoncés dans un arrêt de Colmar, 16 avril 1816. On lit dans les considérants de cet arrêt que l'art. 2102, n° 5, n'assure le privilége à l'aubergiste que sur les effets qui *sont la propriété du voyageur* [5]. Mais cette doctrine ne me paraît pas soutenable, et Persil l'a parfaitement réfutée [6].

Il me semble, toutefois, que si l'aubergiste savait que les effets transportés chez lui n'appartiennent pas au voyageur, son privilége cesserait d'avoir lieu. Je raisonne par argument du n° 4 de l'art. 2102 [7], qui veut que le vendeur d'objets non payés et garnissant une maison louée soit préféré au locateur, lorsque celui-ci sait que ces objets n'appartiennent pas au locataire. Or, c'est en quoi je trouve que l'arrêt de Colmar peut se soutenir, malgré l'erreur évidente des motifs; car, dans l'espèce, il paraît que l'aubergiste n'ignorait pas que la voiture par lui saisie n'était pas la propriété du voyageur, attendu qu'il avait été lui-même la chercher chez le carrossier qui l'avait louée. La cour de Bruxelles a rendu un arrêt dans le même sens, le 12 juillet 1806 [8].

La seconde difficulté consiste à savoir si l'aubergiste peut saisir les habits du voyageur.

Mais il faut dire avec certitude que l'aubergiste ne doit pas s'emparer des hardes dont le voyageur est vêtu ; ce serait un manque d'humanité qui rendrait l'aubergiste répréhensible, et qui au surplus n'est pas autorisé par la loi, puisque, en parlant des effets transportés dans l'auberge, elle fait assez clairement entendre que le privilége de l'aubergiste ne s'étend pas aux habits qui couvrent le voyageur, et qui lui sont nécessaires pour le défendre des inclémences de l'air.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Paris, du 18 mars 1595, dans un cas où un aubergiste avait retenu, pour dépenses d'hôtellerie, les habits d'un passant, qui le lendemain fut trouvé mort de froid [9].

La troisième difficulté consiste à savoir si par le mot *effets*, dont se sert notre article, on doit entendre les chevaux, bœufs, etc., qui seraient introduits dans l'auberge.

On a vu que cette question était résolue pour l'affirmative par le texte formel de la coutume de Paris. Je ne crois pas qu'elle soit susceptible de plus de doute sous le Code civil.

Enfin, l'on demande si, lorsque les effets sont apportés au voyageur dans l'auberge où il est reçu, ces effets répondent des dépenses faites antérieurement ou seulement des dépenses faites postérieurement à leur entrée.

Quoiqu'il semble résulter de l'arrêt de la cour de Colmar, cité tout à l'heure, que ces effets sont affectés seulement aux dépenses qui ont suivi leur introduction dans l'auberge, je n'en pense pas moins que l'aubergiste peut prétendre son privilége sur eux pour tout ce qui lui est dû à raison d'un séjour non interrompu, de même que le propriétaire a privilége sur tout ce qui garnit la maison, quelle que soit l'époque de l'introduction des meubles.

205. Brodeau, sur l'art. 175 de la cout. de Paris (n° 1), soutient que le privilége de l'aubergiste est préférable *aux frais funéraires et de dernière maladie* dus par la succession du voyageur mort dans son auberge.

C'est aussi le sentiment de Bartole, de Balde et de Paul de Castro [10]; de Garsias, en son traité *De expensis et meliorat.* [11]; et de Ferrières, art. 175. Mais cette doctrine, combattue par d'autres auteurs, par Bourjon, par exemple [12], a trouvé sa réfutation ci-dessus (n° 73). Du reste, j'ai parlé (n° 70) du rang des priviléges spéciaux sur la chose transportée dans une auberge.

[1] Paris, art. 175, n° 7.
[2] Persil, *Quest. sur les Priviléges*, t. 1, chap. 3.
[3] Favard, *Priviléges*, sect. 1, § 2, n° 13.
[4] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 45, n° 20.

A moins, cependant, qu'ils ne fussent volés et revendiqués par le propriétaire, arg. de l'art. 2279. Ce droit du propriétaire est élisif de tout privilége sur la chose mobilière, autre que celui accordé pour frais de conservation, *in odium deprædatorum*.
(*Note de l'éditeur belge.*)

[5] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 48. Sirey, t. 17, 2e part., p. 365.
[6] Persil, *loc. cit.*
[7] *Voy.* aussi p. 104.
[8] Sirey, t. 6, 2e part., p. 289. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 47.
[9] Chopin, sur Paris, liv. 3, tit. 3, n° 11. Mornac, sur la loi 14, Dig. *de præscrip. verbis*. Ferrières, art. 175, Paris.
[10] Sur la loi *in restituenda*, C. *de petit. hered.*
[11] Cap. 8, n° 26.
[12] T. 2, p. 691, n° 87.

206. L'aubergiste perd son privilége s'il laisse sortir les effets de l'hôtellerie ; car le privilége ne dure que sur les effets transportés dans l'auberge, *hôtelés*, comme disait la coutume de Paris. Fondé en grande partie sur l'occupation des effets *hôtelés*, il se perd avec elle. C'est ce qu'a jugé la cour de Rouen par arrêt du 16 messidor an 8 [1], et avec raison ; car on sent qu'une fois les effets sortis de l'auberge, il serait difficile de constater leur identité et de prouver qu'ils ont été introduits dans l'hôtel. Il suit de là que l'aubergiste ne peut se payer, sur les objets déposés dans son auberge, des dépenses faites à un précédent voyage. En laissant sortir les effets que le voyageur avait déposés chez lui lors de son premier passage, il est censé avoir renoncé à son privilége [2].

§ VI. *Du voiturier.*

207. Les frais de voiture et les dépenses accessoires sont privilégiés sur la chose voiturée. « Merces vectæ dorso jumentorum, » certo conventoque pretio, pro vectura » tacite pignorata sunt, et vecturæ causa » potentior est, *quoniam sine ea merces salvæ » pervenire non poterant.* » Telles sont les expressions de Cujas [3].

Quelques auteurs ont pensé que le voiturier exposerait son privilége, s'il se dessaisissait de la chose voiturée [4]. Ils se fondent sur ce que le privilége du voiturier est basé sur un droit de gage.

J'ai cité (n° 43) un arrêt de Paris, du 2 août 1819, qui, adoptant une opinion contraire, décide que le privilége du voiturier n'est limité par aucun terme, et que lorsqu'il a livré la chose, il n'en a pas moins privilége, bien que le propriétaire soit tombé en faillite, et qu'il y ait eu atermoiement.

Pardessus (n° 1205) ne va pas tout à fait si loin. Tout en décidant que la remise de la chose n'éteint pas le privilége, il veut que le voiturier agisse dans le bref délai, que l'usage peut seul déterminer, selon la nature des choses transportées. « On ne peut, en » effet, dit Pardessus, exiger qu'il réclame » à l'instant son payement et le frapper de » déchéance pour cette omission. Les con» venances lui commandent quelques égards, » les circonstances exigent quelques délais, » et *la nécessité des vérifications* ne permet » pas qu'on le paye à l'instant. »

Toute la difficulté gît dans l'idée qu'on doit se faire de la cause du privilége du voiturier. Est-il bien vrai que ce privilége prenne exclusivement sa source dans le nantissement ? Je ne le crois pas. Cujas ne le croyait pas davantage, puisqu'il l'attribue au service que le voiturier a rendu, en amenant les marchandises *saines et sauves* dans un lieu où elles ont un plus grand prix [5]. « Quoniam sine ea merces salvæ pervenire » non poterant. » Il suit de là que le privilége du voiturier n'étant pas fondé sur le gage, il importe peu qu'il soit ou non nanti. Il suffit qu'il soit constant qu'il n'a pas été payé, et que la chose sur laquelle il réclame privilége soit la même que celle qu'il a voiturée. Et je remarque qu'en cas de dessaisissement du voiturier, on ne tombe plus dans d'aussi grands embarras que lorsque l'aubergiste s'est dessaisi ; car la lettre de voiture est là pour constater le nombre et la qualité des effets.

On suppose que le capitaine de navire, qui, sous beaucoup de rapports, est assimilé au voiturier, ne peut réclamer son privilége que dans la quinzaine de la livraison [6]. Mais que prouve cette disposition, sinon que la livraison n'anéantit pas le privilége

[1] Sirey, t. 7, 2e part., p. 1135. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 50.

[2] Delvincourt, t. 8, p. 20, notes, n° 7. Grenier, n° 319. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 46.

[3] Récit solennel sur la loi *Acet.* C. *qui potior.*

[4] Le privilége du voiturier sur la chose voiturée, pour les frais de voiture et accessoires, s'éteint-il aussitôt que le voiturier cesse d'être nanti de la chose, et qu'elle se trouve en la possession du destinataire? *Arg. aff.*

En tout cas, lorsqu'il s'agit d'un transport de bois au moyen du flottage, l'empilage des bois flottés sur le port où ils restent à la disposition tant du voiturier que du propriétaire, n'éteint pas le privilége, et cela encore bien que le propriétaire ait vendu ses bois, et qu'ils aient été marqués du marteau de l'acheteur : cette vente, et la marque qui en est la suite, ne produisent pas par elles-mêmes une prise de possession réelle et effective au profit de l'acheteur, de nature à éteindre le privilége. Rejet, 13 avril 1840. Sirey, t. 40, 1re part, p. 289. Sic (sur le premier point), Maleville, art. 2102, p. 250; Merlin, *Répert.*, v° *Privil.*, sect. 1, § 4; Zachariæ, t. 2, § 261, n° 29. *Contra*, Pardessus, t. 4, n° 1205; Duranton, t. 10, n° 134; Delvincourt, t. 7, p. 268, notes, n° 3; Persil, art. 2102, § 6, n°s 1 et 2. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 45.

[5] Pothier, *Charte partie*, n° 89, dit à peu près la même chose du capitaine.

[6] Art. 307 du Code de comm. Pothier, *Charte partie*, n° 89.

celui qui effectue le transport? Or, à l'égard du voiturier, la loi n'a pas été si précise qu'à l'égard du capitaine : elle ne fixe pas de délai. Pourquoi se montrer plus rigoureux qu'elle?

Cependant, si les objets voiturés n'étaient plus dans le même état (*supra*, 109), ou que l'identité ne fût pas certaine, le privilége ne pourrait être réclamé.

Il y a plus, c'est que, si le consignataire était un négociant, et si le voiturier eût laissé emmagasiner la marchandise transportée, sans réclamer dans un délai assez court, le privilége serait compromis; car, en matière de commerce, il faut se montrer plus sévère sur la durée de l'extension des priviléges. Quand la marchandise est déballée et exposée dans les magasins, elle devient la garantie du public, comme je l'ai dit (nº 200). La renonciation au privilége s'induit, par conséquent, avec facilité d'un silence qui dépasse de justes bornes.

207 *bis*. Le privilége du voiturier s'étend-il à toutes les sommes qui peuvent lui être dues pour transports précédents?

Par arrêt du 28 juillet 1819 [1], la cour de cassation a confirmé un arrêt de Bourges, qui s'était prononcé pour l'affirmative. Mais cette décision ne peut servir de guide; car, pour arriver à un rejet [2], la cour suprême me paraît avoir arrangé les faits de manière à faire dire à la cour de Bourges le contraire de ce qu'elle avait décidé. Elle a donc laissé le point de droit intact.

Quoi qu'il en soit, il faut dire que les frais de voiture dont parle notre article sont uniquement ceux de la voiture qui a amené la chose. Étendre à cette chose la créance due pour voyages précédents, serait transporter le privilége d'un objet sur un autre, et méconnaître la *spécialité* du privilége du voiturier [3].

§ VIII. *Privilége pour créances résultant d'abus et prévarications.*

208. Il y a, en France, beaucoup de fonctionnaires publics qui sont soumis à fournir des cautionnements.

Tels sont les comptables et ceux qui sont chargés du maniement des deniers pulics, et des communautés et hospices; ce qui s'observait à Rome (comme on le voit par les rubriques du Code, *de periculo eorum qui pro magistratibus intervenerunt, et de periculo nominatorum*) et en France avant la révolution, ainsi que l'enseigne Loyseau en son traité des Offices [4].

Tels sont aussi les notaires, agents de change, huissiers, etc.

La loi du 27 ventôse an 8 oblige les greffiers, avoués et huissiers à fournir un cautionnement en numéraire.

La loi du 27 ventôse an 9 contient la même disposition à l'égard des commissaires-priseurs à Paris.

La loi du 28 ventôse an 9 soumet à la même obligation les agents de change et courtiers de commerce.

Enfin la loi du 25 ventôse an 9, en prescrivant aux notaires l'obligation de fournir un cautionnement, dit, art. 23, « Que ce » *cautionnement sera spécialement affecté à la* » *garantie des condamnations prononcées con-* » *tre les notaires, par suite de l'exercice de* » *leurs fonctions*. »

Cette disposition est étendue, par la loi du 25 nivôse an 13 [5], aux cautionnements fournis par les agents de change, les courtiers de commerce, les avoués, les greffiers,

---

[1] Dalloz, vº *Commissionnaire*, t. 4, p. 452.

[2] Le penchant exagéré de la cour de cassation pour les rejets frappe depuis longtemps l'attention des jurisconsultes.

[3] Les commissionnaires pour ventes et expéditions, admis par l'administration des accises à la faculté de l'entrepôt et à la jouissance d'un crédit permanent, ont droit aux priviléges établis par les art. 119 et 290 de la loi du 26 août 1822, en faveur des expéditeurs, courtiers et agents admis par l'administration, pour les droits d'accises, d'entrée et de sortie payés dans les six mois antérieurs à la demande.

La circonstance que ces commissionnaires ont porté en compte courant les sommes payées à l'administration, à la décharge de leurs commettants, ne modifie en rien l'exercice de leurs droits de privilége.

Le privilége accordé au commissionnaire par l'art. 93, Code comm., pour le remboursement des avances qu'il a faites sur des marchandises à lui expédiées pour être vendues pour compte d'un commettant, s'applique, aussi longtemps qu'il n'est pas dessaisi de ce qui composait cette expédition, non pas seulement aux avances relatives aux marchandises restées en sa possession, mais indistinctement à toutes les avances faites sur la valeur des marchandises qui ont fait partie de la même expédition. (Code civ., art. 1231, 2073, 2074, 2082, 2101 et 2102; Code comm., art. 93 et 191; loi du 26 août 1822, art. 119 et 290; Liége, 8 février 1845, p. 378).

[4] Liv. 1, chap. 4, nº 52. *Supra*, nº 93.

[5] Dalloz, vº *Cautionnement*, t. 4, p. 16, rapporte le texte de ces lois.

les huissiers et les commissaires-priseurs.

Ces cautionnements (dit l'art. 1) sont, comme ceux des notaires, affectés par *premier privilége*, à la garantie des condamnations qui pourraient être prononcées contre eux, par suite de leurs fonctions [1]; par *second privilége*, au remboursement des fonds qui leur auraient été prêtés pour tout ou partie de leur cautionnement ; et subsidiairement au payement, dans l'ordre ordinaire, des créances particulières qui seraient exigibles sur eux.

Cas dispositions sont communes aux cautionnements des receveurs généraux et particuliers, et de tous les autres comptables et préposés des administrations.

209. Mais il y a une grande distinction à faire entre les cautionnements des comptables et ceux des autres officiers publics énumérés ci-dessus.

Les cautionnements fournis par les comptables le sont dans l'intérêt du gouvernement, qui ne donne le maniement de ses fonds que sous cette garantie [2].

Au contraire, les cautionnements des greffiers, notaires, avoués, etc., ne sont déposés que pour répondre des faits de ces officiers envers les particuliers qui sont obligés, *ex necessitate officii*, de recourir à leur ministère, et de suivre la foi publique [3].

Le gouvernement n'a de privilége sur ces cautionnements qu'autant qu'il se sert, comme partie privée, du ministère des officiers publics qui les ont déposés (*supra*, 93, 95).

Sous tout autre rapport, ces cautionnements n'ont pas été établis en sa faveur, et il est sensible qu'il n'y a aucun intérêt.

210. Les cautionnements des notaires, agents de change, répondent-ils seulement pour les condamnations civiles résultant d'abus, prévarications ou faits de charge, ou bien doivent-ils aussi répondre pour les amendes qui, dans certains cas, sont prononcées contre ces officiers au profit du fisc?

Il est certain, d'après le droit romain, que le cautionnement n'est pas tenu des amendes. « Fidejussores magistratuum non » debent conveniri *in pœnam vel mulctam*, » quam non spoponderunt [4]. »

Le cautionnement doit seulement rendre indemne celui qui a été lésé. Tel est son seul et unique but [5]. C'est la décision des lois 17 et 37, *D. de jure fisci*, et de la loi 1. C. *pœnis fiscalibus creditores præferri* [6]. Ce principe a toujours été suivi en France, ainsi que l'attestent Loyseau et Basnage. Ce dernier rapporte un arrêt du parlement de Paris du 2 mars 1667, qui l'a aussi décidé [7].

Telle doit être aussi la jurisprudence sous le Code civil, et c'est dans ces idées qu'a été rendu l'arrêt de cassation du 7 mai 1816, rapporte n° 95 *ter*.

211. Ceux qui ont prêté les fonds de cautionnement sont privilégiés, d'après l'art. 1 de la loi du 25 nivôse an 13, rapporté tout à l'heure. Mais, d'après ce même article, ils ne passent qu'après la créance pour abus et prévarications; ce qui est conforme au sentiment de Loyseau [8]. Du reste, les justifications à faire pour prouver le prêt de deniers et, par conséquent, le privilége, sont réglées par la loi du 25 nivôse an 13, et par les décrets des 28 août 1808 et 22 décembre 1812 [9].

---

[1] Mais non pour faits étrangers à leurs fonctions. *Voy.* un arrêt de Paris du 14 mai 1832.

[2] On ne peut considérer comme se rattachant aux fonctions d'un receveur général, et, conséquemment, comme susceptibles de conférer un privilége sur son cautionnement (lois des 3 et 25 niv. et 6 vent. an 13), que les opérations proprement dites de la recette générale, c'est-à-dire, les rapports du receveur soit avec le trésor, soit avec des comptables ou contribuables, et les faits résultant des délits ou quasi-délits auxquels ces rapports auraient pu donner lieu. Mais ne doivent pas être réputées telles, les opérations que le fonctionnaire a pu faire comme banquier, alors même que, par suite des exigences du ministre des finances, il les aurait signées en qualité de receveur général. Grenoble, 3 janvier 1842.

[3] Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 56.

[4] L. 6, Dig. *de fidejussor.* L. 1, C. *de his qui pro magist.*

[5] Perezius, C. *de periculo eorum*, n° 2, t. 2, p. 476. Loyseau, *Off.*, liv. 1, chap. 4, n° 65. Basnage, chap. 13, p. 35. Cujas, sur la loi 68, Dig. *de fidejussor.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 366, n° 37.

[6] Liv. 10, tit. 7.

[7] La disposition ne s'étend pas aux amendes et peines pécuniaires, mais simplement aux créances résultant de faits de charge. Paris, 21 janv. 1839.

[8] *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 92. *Supra*, n° 72.

[9] Dalloz, v° *Cautionnement*, t. 4, p. 17. Delvincourt, t. 8, p. 20. — *Voy.* n° 93 ci-dessus. La remise que fait le bailleur de fonds au trésor de la déclaration de privilége de second ordre ne suffit pas pour lui faire acquérir ce privilége aux yeux des tiers. Le privilége ne lui est acquis que par l'inscription qui doit en être faite par le trésor sur le registre de la caisse des dépôts et consignations. *Voy.* lois et décrets cités. Le trésor peut, à défaut d'avoir fait cette inscription, être déclaré responsable, envers les bailleurs de fonds, de l'effet des oppositions postérieures à la réception des pièces nécessaires pour y procéder. (France, cass., 19 juillet 1842.)

211 *bis*. Tels sont les priviléges spéciaux organisés par notre article.

Quant aux priviléges spéciaux qui dérivent de la loi commerciale, ils rentrent dans l'interprétation du Code de commerce, dont nous n'avons pas à nous occuper.

SECTION II.

DU PRIVILÉGE SUR LES IMMEUBLES.

ARTICLE 2103.

Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

1° Le vendeur sur l'immeuble vendu pour le payement du prix.

S'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite.

2° Ceux qui ont fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi, et, par la quittance du vendeur, que ce payement a été fait des deniers empruntés.

3° Les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux, et des soultes et retours de lots.

4° Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office.

Mais le montant du privilége ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus value existant à l'époque de l'aliénation de l'immeuble, et résultant des travaux qui ont été faits.

5° Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou pour rembourser les ouvriers, jouissent du même privilége, pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt et par la quittance des ouvriers, ainsi qu'il a été dit ci-dessus pour ceux qui ont prêté les deniers pour l'acquisition d'un immeuble.

SOMMAIRE.

212. Transition.
213. § 1er. *Du privilége du vendeur.* Renvoi pour quelques principes.
214. Quelles personnes peuvent être assimilées au vendeur? De l'acquéreur contre lequel le rachat est exercé. Il n'a pas privilége.

215. Du l'échangiste. Il n'a pas non plus privilége.
216. Du donateur. Il est encore plus clair qu'il n'a pas privilége.
217. Du cessionnaire du vendeur. Renvoi.
218. Quelles sommes sont privilégiées? Qu'entend-on par vendeur non payé?
219. Les intérêts du prix sont privilégiés. Discussion à cet égard.
220. Des frais de contrat et de transcription. Ils sont privilégiés.
221. Les dommages et intérêts pour inexécution de la vente ne sont pas privilégiés.
222. Du droit de demander la résolution. Erreur de Grenier. Le vendeur a droit de demander la résolution lorsqu'il néglige de conserver son privilége.
223. Inconvénients qui résultent de ce droit.
224. Le vendeur peut-il demander la résolution après avoir vainement demandé le prix? Opinions diverses. Distinction..
224 *bis*. Lorsque les choses se passent entre le vendeur et l'acquéreur, la réclamation du prix n'est pas un obstacle pour réclamer la résolution du contrat.
225. Mais le vendeur qui a demandé contre des tiers à être colloqué sur le prix, ne peut demander la résolution. Raison de cela. Arrêt de la cour de cassation. Dissentiment avec Merlin.
226. Rang du vendeur. Renvoi. Rang de plusieurs vendeurs entre eux.
227. § II. *Prêteur de deniers pour l'acquisition d'un immeuble.* Il n'avait pas de droit réel sur la chose par le droit romain. Il fallait stipuler l'hypothèque. Avait-il privilége personnel?
228. Suffisait-il que l'argent reçût son emploi? Fallait-il dans l'acte la mention que l'argent était prêté pour acheter? Opinions diverses à cet égard.
229. Principes du droit français et modification au droit romain.
230. État des choses sous le Code civil. Conditions auxquelles est soumis le prêt.
231. L'acte de prêt doit être authentique.
232. Du temps qui doit s'écouler entre le prêt et l'emploi.
233. Du rang du prêteur de fonds. Son privilége ne peut nuire au vendeur, dont il n'est que le subrogé.
234. Difficulté élevée par Renusson sur le rang entre le prêteur et les créanciers du vendeur à qui le prix a été délégué. Distinction sur l'opinion de Renusson.
235. Du concours entre plusieurs prêteurs successifs.
235 *bis*. Du cas où le prêteur de fonds a prêté pour acheter un immeuble saisi.
236. *Du privilége des cohéritiers et copartageants.* Son origine. Son nom dans l'ancienne jurisprudence. La loi de l'an 7 n'en parlait pas. Amélioration sous ce rapport résultant du Code civil.
237. Raison de ce privilége. Son objet est de maintenir l'égalité. Il s'étend à tous les immeubles de la succession.
238. Quelles personnes jouissent de ce privilége. Le communiste y a-t-il droit comme le cohéritier? Vice de rédaction de notre article.
239. Créances privilégiées par suite de partage. 1° Soultes. 2° Retour pour cause d'éviction. 3° Prix de licitation. 4° Restitution de jouissances. 5° Dette qu'un cohéritier paye à la décharge des autres. Dissentiment avec Grenier.
240. Des intérêts des soultes et retours de lot.
240 *bis*. Renvoi pour le rang du copartageant.
241. *Des architectes, ouvriers*, etc. De ce privilége par le droit romain.
242. Il n'avait lieu que pour la reconstruction d'un édifice détruit. *Quid* dans l'ancienne jurisprudence et sous le Code civil?
243. Le privilége des ouvriers n'a pas lieu indéfiniment, mais *in quantum res pretiosior facta est.* Rejet d'une distinction de Pothier, et dissentiment avec la cour de cassation et avec Persil et Dalloz.
244. Comment on apprécie cette plus value.
245. Condition pour que le privilége ait lieu. Double rapport d'experts avant et après les travaux.
246. Des intérêts dus aux ouvriers.
246 *bis*. Du cas où ce qui est dû à l'architecte est au-dessous de la plus value.
247. Renvoi pour le rang des ouvriers dans le concours avec les autres privilégiés.
248. *Du prêteur de deniers pour réparations et travaux d'art.* Précautions à prendre dans l'acte pour constater la cause du prêt, et dans les quittances pour constater l'emploi.

COMMENTAIRE.

212. Après avoir parlé sous l'article précédent de ce qui touche aux priviléges spéciaux sur les meubles, l'art. 2103 me conduit à traiter des priviléges spéciaux sur les immeubles. Je procéderai par l'ordre de numéros donné par le Code civil, quoique cet ordre ne soit pas celui du rang de chacun des priviléges institués par la loi.

§ I. *Du privilége du vendeur.*

213. Les développements dans lesquels je suis entré aux nos 181 et suivants me permettent d'être court sur quelques principes qui sont relatifs au privilége du vendeur.

Ainsi, l'on a retenu que d'après le droit romain le vendeur n'avait pas de privilége. Je ne réfuterai donc pas ici Grenier, qui adopte sur parole [1] l'opinion de Loyseau,

[1] Grenier, *Hyp.*, no 383.

que le vendeur était privilégié, opinion détruite par des lois formelles, et contraire à la doctrine de la grande majorité des auteurs [1].

Je ne dirai pas non plus comment dans les pays soumis au droit écrit, on s'était écarté de ce principe fondamental. J'ai exposé tout cela au nº 182, et j'ai parlé au nº 183 de la législation des pays coutumiers.

J'examinerai seulement ici ce qui se rattache aux points suivants : 1° Quelles personnes sont privilégiées pour prix de vente? 2° Sur quelles sommes s'étend le privilége? 3° Le droit de demander la résolution subsiste-t-il dant notre système hypothécaire?

Quant à ce qui concerne les moyens de conserver le privilége, il en sera parlé avec étendue sous l'art. 2108 ci-après.

214. Le vendeur, dit notre article, a privilége sur le prix [2]. Ce n'est donc pas sur le vendeur proprement dit que peuvent rouler les difficultés que j'ai à examiner relativement aux personnes qui jouissent de ce privilége.

Mais on demande d'abord si l'acquéreur à pacte de rachat, qui n'a pas été remboursé de tout ou partie du prix par le vendeur rentré en possession de sa chose, a privilége pour ce qui lui est dû.

La raison de douter est que l'acquéreur à pacte de rachat peut être assimilé à un vendeur; que, puisque le vendeur rachète sa chose, d'après le nom même que porte le contrat, l'acquéreur cesse d'être tel et est transformé en un vendeur, ainsi que l'ont enseigné plusieurs docteurs cités par Zoannetus en son traité *De empt. vend. sub pacto de retro*, nº 111.

Mais la raison de décider est qu'il est faux que le réméré soit une vente nouvelle; c'est une simple résolution de la vente consommée, *distractus potius quam novus contractus* [3]. Il n'est donc pas possible de soutenir que l'acquéreur à pacte de réméré jouit du privilége. Il n'a que le droit de rétention que lui donne l'art. 1673 du Code civil. S'il n'use pas de ce droit de rétention, et s'il remet la chose au vendeur, sans exiger le payement des répétitions auxquelles il a droit, il doit s'imputer de s'être dépouillé des garanties que la loi lui assurait. Il ne lui reste plus que l'action personnelle. Cette doctrine est aussi celle de Tarrible [4], et de Grenier [5].

215. On a agité la question de savoir si l'échangiste, qui a tant de rapport avec le vendeur, jouit du même privilége que ce dernier. J'ai établi la négative nº 200.

Tous les auteurs ne partagent cependant pas cette opinion. Elle est combattue par Dalloz [6], mais à tort suivant moi. Cependant, si le contrat stipulait un retour en argent, je pense que l'échangiste jouirait du privilége pour le montant de ce retour, qui est un véritable prix [7]. Rien ne s'oppose à ce que la vente se trouve mêlée avec l'échange, et alors elle doit produire son effet, et jouir de tous ses priviléges.

216. Grenier demande si le donateur a un privilége sur les biens donnés pour l'exécution des clauses et conditions imposées par l'acte même de donation.

Cette question n'est pas même proposable, tant il est clair qu'il n'y aucune assimilation à faire entre le vendeur et le donateur. Ce dernier a une action en résolution, que l'article 954 lui assure pour le cas d'inexécution des clauses de la donation, et qui lui donne un droit de suite contre les tiers. Il doit s'en tenir à ce droit, qui certes est bien aussi avantageux qu'un privilége sur le prix.

217. Le cessionnaire du vendeur jouit du même privilége que le vendeur lui-même. Je renvoie, à cet égard, à ce qui sera dit sur l'art. 2112. J'y parlerai aussi de celui à qui une délégation sur le prix a été faite de la part du vendeur.

218. Voyons maintenant quelles sommes sont privilégiées.

D'abord, nul doute sur le prix principal non payé; mais remarquons bien que c'est le prix tel qu'il est stipulé dans le contrat.

---

[1] *Voy.* la note sur le nº 181.

[2] L'acte par lequel le propriétaire d'un immeuble en vend une partie à un tiers, et forme en même temps avec l'acquéreur une société dans laquelle il apporte la portion non vendue, laquelle lui est assurée par un nombre équivalent d'actions, ne lui donne droit au privilége de vendeur que sur la partie du prix représentative de ce qui a fait l'objet de la vente, et non sur la totalité du prix de l'immeuble. (Cass., 13 juillet 1841.)

[3] Pothier, *Vente*, nº 412. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, nº 793. Grenier, nº 329.

[4] Merlin, vº *Privilége*, sect. 4, § 5, nº 5.

[5] Grenier, nº 390.

[6] Dalloz, vº *Hyp.*, t. 17, p. 51, nº 9.

[7] Grenier, nº 387. Delvincourt, t. 8, p. 25, nº 5. *Voy.* aussi mon *Comm. de la vente*, nº 10. Turin, 10 juill. 1813. Battur, *Traité des hypothèques*, t. 1er, nº 69.

Car les conventions particulières du vendeur et de l'acquéreur, résultant de contre-lettres, n'auraient pas d'effet à l'égard des tiers.

Mais qu'entend on par vendeur non payé? C'est ce que j'ai suffisamment expliqué *supra*, n° 199.

219. Le privilége s'étend-il aux intérêts du prix ?

L'affirmative ne peut souffrir de difficultés sérieuses, et personne, je crois, ne s'est avisé de soutenir que les intérêts du prix ne sont pas privilégiés. Car, bien que l'article 2103 ne parle pas des intérêts, et qu'il ne se serve que du mot prix, néanmoins, les intérêts étant un accessoire du prix, et représentant les fruits de l'immeuble dont l'acquéreur a la jouissance, ils doivent participer au même privilége que le principal.

Mais le point où commence la difficulté est de savoir combien d'années d'intérêt sont privilégiées. C'est sur cette question que s'élèvent des divergences d'opinions graves et sérieuses.

Dans l'ancienne jurisprudence, on pensait généralement que tous les intérêts non prescrits sont privilégiés comme le prix principal. Despeisses [1] dit: « Pour le prix » de la vente, le vendeur est préféré sur les » deniers provenant de la chose vendue, à » tous les créanciers de l'acheteur, bien » qu'antérieurs au contrat de vente; et pour » le cas de déconfiture des biens de l'ache- » teur, le vendeur a droit de faire disparaî- » tre de la saisie générale les possessions » vendues, pour en faire ordonner la vente » séparément, et, sur les deniers qui en » proviendront, être payé *du principal et de* » *tous les intérêts*. » D'Olive [2] s'exprime dans le même sens. « La même raison donne » sujet à la troisième exception concernant » le prix des choses vendues, *dont les intérêts* » *sont dus* au vendeur avec tel avantage » qu'en la déconfiture des biens de l'acqué- » reur, il a le droit de faire distraire de la » saisie générale les possessions vendues, » pour en faire ordonner la vente séparé- » ment, et, sur les deniers qui en provien- » dront, être payé du *principal et intérêts* » par préférence à tous les autres créanciers. » C'est un effet de la *clause du précaire* » (*supra*, 182) que nos arrêts suppléent en » tous les contrats de vente des choses im- » meubles par le mouvement de l'équité na- » turelle, reçue dans le droit, qui ne souf- » fre pas que le vendeur se trouve privé de » la chose et du prix, tout ensemble. »

Laroche-Flavin [3], Catelan [4], Lamoignon [5], d'Héricourt [6], Serres [7]; Rousseau-Lacombe [8], enseignent la même doctrine, qui était l'opinion commune.

Il faut seulement observer qu'il y avait dans la jurisprudence des divers parlements, quelques différences sur le rang que l'on donnait aux intérêts. Au parlement de Paris, par exemple, on colloquait tous les intérêts au même rang que le capital. Il en était de même au parlement de Bordeaux [9]. Mais, au parlement de Toulouse, les intérêts n'étaient colloqués qu'après tous les capitaux.

Du reste, on voit que, malgré cette différence, qui ne touche pas même à l'essence des choses, tous convenaient que les intérêts faisaient partie du prix, et avaient un privilége pour tous les arrérages échus.

La loi du 11 brumaire an 7 opéra une révolution dans le régime hypothécaire, en créant un système de publicité tout nouveau. On sait que cette loi introduisit des formes particulières pour la conservation du privilége du vendeur, en exigeant la transcription de la vente, et l'inscription d'office.

L'art. 17, relatif au mode d'inscription des hypothèques et priviléges, voulait que l'inscription fît connaître la date du titre, le montant des capitaux et accessoires. L'article 19 portait : « Le créancier inscrit pour » un capital produisant des intérêts a droit » de venir pour deux années d'arrérages au » même rang d'hypothèque due pour son » capital. »

De la combinaison de ces dispositions, quelques personnes concluaient que le vendeur n'avait droit de venir au rang du capital que pour deux années d'arrérages seulement, et qu'on ne pouvait plus voir comme autrefois la masse des créances s'augmenter d'intérêts accumulés pendant une longue suite d'années; on disait que la loi avait

[1] T. 1, tit. *Achats et ventes*.
[2] *Quest.*, not., liv. 4, chap. 21.
[3] Liv. 6, tit. 54, art. 1.
[4] Liv. 6, chap. 5.
[5] Tit. *Vente*.
[6] *Vente*, chap. 11, sect. 2, n° 39.
[7] Liv. 2, tit. 1, n° 40.
[8] V° *Vente*, sect. 4.
[9] D'Olive, *Quest.*, liv. 3, chap. 25, addit. en note.

voulu que l'on pût connaître la véritable position de chaque propriétaire, ce qui eût été impossible si le vendeur eût laissé les années s'agglomérer à l'insu des tiers; qu'il fallait donc que, lorsque le vendeur avait laissé arrérager plus de deux années d'intérêts, il requît une inscription; que même alors il ne devait prendre rang qu'à dater de l'accomplissement de cette formalité.

Le Code civil vint remplacer le Code hypothécaire de l'an 7, par un système différent sous plusieurs rapports, mais basé sur le grand principe de la publicité. Il est même à remarquer qu'il répéta dans les articles 2108, 2148, n° 4, 2151 les dispositions des art. 17 et 19 de la loi du 11 brumaire an 7.

En effet, d'après le Code civil comme d'après la loi de brumaire, le vendeur, pour conserver son privilége, doit faire transcrire, et le conservateur doit prendre inscription d'office; le vendeur peut aussi, au lieu de faire transcrire, prendre lui-même inscription [1].

D'après le Code civil comme d'après la loi de brumaire, l'inscription doit contenir le montant des capitaux et accessoires (article 2148).

Enfin, d'après le Code civil, il est dit que le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt n'a droit d'être colloqué que pour deux années d'arrérages seulement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital; et cette disposition est conforme à celle de la loi de brumaire, si ce n'est que cette dernière ne donnait collocation que pour deux années, au lieu que le Code civil y joint l'année courante (2151).

Il y a donc conformité à peu près parfaite, sur ce point, entre les deux régimes; et de là il est arrivé que l'interprétation donnée par quelques personnes à la loi de brumaire s'est reproduite sous le Code civil; la cour de Nîmes a même rendu, le 12 décembre 1811, un arrêt qui décide que le vendeur n'a droit qu'à deux années d'arrérages, outre l'annuité courante [2].

Mais cette interprétation, basée sur une mauvaise intelligence de la loi, n'a pas eu un long crédit; on en a senti les vices, et la cour de cassation l'a repoussée d'une manière solennelle, comme je vais le dire à l'instant.

En effet, le vendeur est privilégié pour le prix; et par le mot prix, on ne peut nier que la loi n'entende le principal et les intérêts. C'est en ce sens que cette expression était prise par les jurisconsultes anciens, et rien ne prouve que le Code ait voulu la restreindre au capital seulement; au contraire, l'art. 1652 dit que l'acheteur doit l'intérêt du prix jusqu'au payement du capital, si la chose vendue produit des fruits et autres revenus, et sans qu'il soit besoin de stipulation à cet égard. En effet, les intérêts, dans ce cas, représentent les fruits, c'est-à-dire l'utilité, de la chose vendue.

Il suit de là que l'accessoire doit suivre la condition du principal, que par conséquent les intérêts doivent accompagner le prix dans le rang de préférence qu'il occupe. Voilà la règle : il faut s'y conformer, à moins que la loi n'y ait expressément dérogé.

Qu'a fait le Code civil? en ce qui concerne les créances hypothécaires produisant intérêt et soumises à inscription, son langage est précis et clair : il confirme la règle en partie, il la modifie en partie.

Il la confirme en partie, puisqu'il donne à deux ans d'intérêts et à l'année courante le même rang que le principal. Il ne dispose certainement ainsi que parce que les intérêts sont un accessoire qui suit le sort du principal.

Mais il la modifie en partie, en ce qu'il la limite à deux ans d'intérêts et à l'année courante, et que pour le surplus, il place les intérêts à un autre rang. Telle est la disposition de l'art. 2151 du Code civil, telle était aussi celle de l'art. 19 de la loi du 11 brumaire an 7 [3].

Or, cette restriction aux principes généraux ne doit pas s'étendre hors de son cas textuel. C'est ainsi que l'on s'accorde à dire que l'art. 2151, ne parlant que des hypothèques sujettes à inscription, reste étranger aux hypothèques des mineurs (*infra*, 701).

---

[1] *Infra*, sous l'art. 2108, n° 285.

[2] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 58. Sirey, t. 13, 2e part., p. 376.

[3] Je ne puis admettre l'opinion de Delvincourt, qui prétend que l'art. 2151 fait exception aux *principes généraux*, non en tant qu'il limite le rang des intérêts à deux ans, mais en tant qu'il place ces deux ans sur la même ligne que le capital. (T. 3, p. 340, notes.) Il suivrait donc de là que les intérêts ne seraient pas accessoires du principal!

Toute la question est donc de savoir si l'art. 2151, de même que l'art. 19 de la loi du 11 brumaire an 7, parle du privilége du vendeur, et prétend le limiter.

Eh bien, la seule lecture de ces deux textes de loi prouve qu'ils ne sont applicables qu'aux hypothèques, et non aux priviléges.

S'ils restreignent les intérêts à deux années seulement, ou à deux années et à l'année courante, c'est seulement pour les créances hypothécaires, puisqu'ils disent que les intérêts, sur lesquels ils statuent, *auront même rang d'hypothèques que les capitaux*. Or, le capital réclamé par le vendeur n'a pas un simple rang par hypothèque, mais un rang par privilége. Il est colloqué à la date du contrat de vente, et non au jour de la transcription ou de l'inscription. Les intérêts dans ce cas ne sont donc l'objet d'aucune exception : ils doivent rester dans les règles du droit commun, et il faut en revenir aux principes de l'ancienne jurisprudence, à laquelle le Code n'a rien changé expressément.

On parle beaucoup, dans le système contraire, de la publicité et de l'intérêt des tiers à connaître les intérêts dus; mais ce n'est là qu'une illusion (*infra*, 267). En effet, la publicité du privilége n'a pas été introduite en faveur des créanciers hypothécaires de l'acquéreur. Car le privilége peut n'être inscrit qu'au dernier moment (Code de procédure, 834); et alors, quoiqu'il ne soit connu que postérieurement à l'inscription de toutes les créances hypothécaires, néanmoins il les prime sans difficulté. Les créanciers hypothécaires ne peuvent donc se plaindre qu'on alloue au vendeur tous les intérêts échus; ils ne peuvent dire que, s'ils avaient su que la créance capitale fût augmentée d'intérêts aussi considérables, ils n'auraient pas traité avec l'acquéreur. C'est là une chose que la loi n'oblige pas à leur faire connaître, puisqu'elle maintient l'utilité du privilége, pourvu que le privilége soit inscrit au dernier moment.

Pourquoi donc faut-il que le privilége soit rendu public? c'est pour purger la propriété et assurer le repos des tiers acquéreurs, mais nullement pour éclairer les créanciers hypothécaires de celui qui a acheté.

Au surplus, d'après l'art. 1654 du Code civil, le vendeur non payé des intérêts pourrait demander la résolution de la vente. Ne serait-il pas contradictoire qu'il ne fût pas privilégié sur le prix pour ces mêmes intérêts?

Ce sont ces raisons puissantes qui ont déterminé la cour de cassation à annuler un arrêt de la cour de Rennes du 2 avril 1814, qui avait décidé que le vendeur n'était privilégié que pour deux années d'intérêts. Cet arrêt de la cour suprême, en date du 8 mars 1816, fut précédé d'un réquisitoire de Mourre, procureur général, où les principes furent développés avec une grande force de logique. Néanmoins, l'affaire ayant été renvoyée à la cour d'Angers, cette cour crut devoir adopter la doctrine de la cour de Rennes. Mais un nouvel arrêt de la cour de cassation, rendu le 1er mai 1817, sous la présidence du garde des sceaux et sections réunies, cassa la décision de la cour d'Angers; et la cour de Paris, saisie du renvoi, mit fin à cette longue lutte en se rangeant à l'opinion de la cour de cassation [1].

Cette jurisprudence me paraît seule conforme au texte de la loi et même à son esprit, qui, il faut le dire, est resté indifférent sur les droits des créanciers de l'acquéreur, et les place à l'égard du vendeur dans un système d'où la publicité est, pour ainsi dire, exclue. Je sais toutes les critiques qu'on peut adresser à un pareil système. Mais elles ne peuvent être dirigées que contre le législateur : la jurisprudence est exempte de reproches ; car son rôle est d'appliquer les lois, lors même qu'elles sont imparfaites, et non de les refaire.

Au surplus, les considérants des deux arrêts de la cour de cassation sont la meilleure réponse aux doutes de Grenier [2] et à l'opinion contraire de Persil [3] et de Delvincourt [4]. L'on peut considérer ce point de jurisprudence comme définitivement fixé [5].

220. Le même privilége qui est accordé au vendeur pour le principal et les intérêts,

[1] Sirey, t. 16, 1re part., p. 171, t. 17, 1re part., p. 199. Dalloz, vo *Hyp.*, t. 17, p. 60.

[2] Grenier, no 103.

[3] Persil, art. 2151, no 8.

[4] T. 3, p. 359, notes, no 10.

[5] Dalloz, vo *Hyp.*, t. 17, p. 51. Favard, *Inscr. hyp.*, sect. 7, no 12. Arrêt de Bourges du 23 mai 1829. Dalloz, t. 30, 2e part., p. 32. — Il a ce privilége encore bien qu'aucune inscription séparée n'eût été prise pour les intérêts. (Paris, 7 déc. 1831.)

s'étend-il également aux frais de contrat de vente et à ceux de transcription que le vendeur aurait pu avancer?

Grenier enseigne l'affirmative [1], parce que, dit-il, ce sont des accessoires du prix. Mais cette opinion paraît inadmissible à Dalloz [2], qui pense que c'est donner une extension arbitraire au mot *prix*.

On ne peut nier que, lorsque le vendeur a fait l'avance des loyaux coûts, l'acheteur ne soit tenu de lui rendre *ex vendito* [3]. D'un autre côté, on appelle *prix* tout ce que l'acheteur débourse pour obtenir la jouissance de la chose. « *Pretium rei*, disent » Godefroy et Socin [4], *sunt propter rem* » *habendam et acquirendam impensa.* » Les loyaux coûts font donc partie du prix, et ce n'est pas là forcer le sens des mots.

Dira-t-on que rien n'obligeait le vendeur à faire ce déboursé; que c'est là une sorte de prêt bénévole qu'il a fait à l'acquéreur, seul chargé des loyaux coûts; que d'ailleurs, en ce qui concerne le vendeur, le prix n'est que ce qui doit entrer directement dans ses mains en indemnité de ce qu'il livre, et non ce qui doit passer entre les mains du fisc?

On répond à cela que le vendeur a intérêt à avoir un titre qui assure sa créance, et qui le mette à même d'obtenir le payement du prix; que la transcription est également dans son intérêt, puisqu'elle est un moyen de rendre son privilége public (*infra*, 267); que l'accomplissement de ces formalités est donc un devoir que l'acquéreur contracte envers lui, et que ce dernier doit en payer les frais, à la décharge du vendeur; que s'il manque à cette obligation, le vendeur, forcé de faire l'avance des loyaux coûts, en devient créancier direct envers l'acquéreur; qu'enfin l'acquittement de ces frais, laissé au compte de l'acheteur, et leur importance présumée, ont été pris en considération pour la fixation du principal; que, sous tous ces rapports, le mot *prix* se trouve renfermé dans sa valeur exacte, et qu'il n'y a rien que de juste dans le privilége accordé au vendeur pour le remboursement de pareils accessoires [5].

221. Mais il faut décider avec Grenier [6] que le vendeur ne peut avoir de privilége pour les dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat de vente. Ces dommages et intérêts sont hors du prix et de l'exécution de l'obligation principale. Ils donnent lieu seulement à une action personnelle non privilégiée (n° 190).

222. Je viens au droit de demander la résolution qui appartient au vendeur.

J'ai retracé plus haut les principes sur ce point [7]. Je me borne à remarquer ici que Grenier est tombé dans l'erreur lorsqu'il a dit que « *de tout temps* il a été de principe » que la condition résolutoire est toujours » sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, en cas d'inexécution des » conventions [8]. » Chez les Romains la condition résolutoire n'était jamais sous-entendue dans les contrats nommés, tels que la vente, etc. C'est seulement par le droit français que le pacte commissoire a été sous-entendu dans les conventions, et encore n'est-ce qu'assez tard que cette innovation a été introduite [9].

On s'est demandé, sous le Code civil, si l'art. 1654, qui permet au vendeur de demander la résolution de la vente si l'acheteur ne paye pas le prix, n'avait pas été modifié par le système hypothécaire, dont la base est la publicité, et qui a voulu que le privilége fût rendu notoire par la transcription ou l'inscription. Il semblait à quelques jurisconsultes que c'était une chose en quelque sorte contradictoire, que d'assujettir d'une part le privilége à des conditions de publicité, et de l'autre, de laisser l'action résolutoire au vendeur, qui aurait négligé de s'y soumettre.

Mais ces doutes ont été levés par deux arrêts des 2 décembre 1811 et 3 décembre 1817 [10], qui ont maintenu le vendeur dans le droit d'user de la faculté de demander la résolution de la vente, quand il n'est pas payé. En effet, le privilége sur le prix ne

---

[1] Grenier, n° 384.
[2] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 51, n° 8.
[3] L. 16, C. *de act. empt. et vendit.* Pothier, *Pand.*, t. 1, n°s 91 et 97, p. 531, 532.
[4] Godefroy, sur la loi 40, § 1, Dig. *de cond. et demonst.*, note *n*. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, n° 596.
[5] Duranton, n° 162, et Persil, sur l'art. 2103, pensent que le vendeur n'a pas privilége pour les droits d'enregistrement qu'il a payés. *Sic*, Caen, 7 juin 1837. Sirey, t. 37, 2e part., p. 409. D. P. t. 37, 2e part., p. 144. Dalloz, v° *Hyp.*, n° 8.
[6] Grenier, t. 2, p. 384.
[7] Delvincourt, t. 8, p. 25, note 3.
[8] Grenier, t. 2, n° 379.
[9] Despeisses, t. 1, sect. fin., n° 19. Pothier, *Vente*, n° 476. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, t. 2, n° 621.
[10] Dalloz, v° *Vente*, p. 20, 147 et 151.

doit pas être confondu avec le droit de demander la résolution, qui tend à obtenir la chose même, et qui n'est pas assujetti à l'inscription pour être conservé. Il n'est donc pas possible d'éluder l'application de l'art. 1654 du Code civil. C'est aussi ce qu'ont reconnu les cours royales par de nombreux arrêts [1].

223. On ne peut se dissimuler cependant que cette jurisprudence, quoique basée sur la saine interprétation de la loi, ne donne lieu à beaucoup d'inconvénients. Le plus notable est que lorsque la chose vient à passer de main en main, si le premier acquéreur n'a pas payé le prix au vendeur, celui-ci peut revendiquer l'immeuble entre les mains du dernier acquéreur, quand même toutes les formalités nécessaires pour purger auraient été remplies [2], ce qui est certainement bizarre sous un système hypothécaire dont l'une des principales promesses est de purger les immeubles, mis en circulation, des créances privilégiées ou hypothécaires par lesquelles on pourrait troubler les droits des tiers acquéreurs. Mais ce qui n'est pas moins singulier, c'est que l'adjudication sur saisie immobilière ne peut elle-même mettre l'adjudicataire à l'abri des effets de la clause résolutoire [3]; en sorte que la procédure en expropriation aura été faite à grands frais, l'ordre aura été terminé, tous les créanciers se croiront satisfaits, et cependant le vendeur pourra troubler cette sécurité [4], et rendre tant de peines et de dépenses infructueuses, en se montrant tout à coup armé du droit de revendication.

Ces inconvénients ont été signalés par plusieurs auteurs, et particulièrement par Jourdan [5]. Il y aurait urgence à ce que le législateur fît cesser un état de choses si inquiétant pour les tiers, et qui apporte tant d'entraves dans les ventes d'immeubles.

224. J'ai dit (n° 223) que le vendeur qui n'avait pris aucune précaution pour conserver son privilége, pouvait toujours exercer le droit de résolution; que même, après avoir gardé le silence pendant tout le cours de la procédure en expropriation, il avait la faculté de demander contre l'adjudicataire la résolution du contrat.

Mais il se présente ici une question importante. Lorsque le vendeur a demandé à être colloqué par privilége sur le prix de l'immeuble vendu ou adjugé, peut-il, s'il n'obtient pas ce qu'il désire, rétracter cette demande, et exercer l'action en résolution?

La cour de cassation a décidé cette question contre le vendeur, par un arrêt du 16 juillet 1818. « Attendu, a-t-elle dit, que » le sieur de Rachaix, au lieu d'intenter » l'action en résiliation, était intervenu » dans l'instance de saisie immobilière, sans » demander la distraction, s'étant pourvu » dans l'ordre pour être colloqué sur le prix » de l'adjudication, et ayant ainsi approuvé » la vente, s'est rendu non recevable dans » sa demande en résolution de la vente par » lui faite. »

Cette décision a été critiquée avec force par Merlin, qui la trouve aussi contraire aux lois romaines qu'à l'équité et aux articles 1184, 1654, 1655, 1864 du Code civil [6].

Deux points de vue différents doivent présider à l'examen de cette difficulté.

224 *bis*. En général, tant que les choses se passent entre le vendeur et l'acquéreur, je crois qu'on ne peut opposer au vendeur les démarches qu'il a faites pour obtenir le payement du prix, et prétendre qu'il a renoncé à l'exercice de la clause résolutoire. Pour faire tomber l'acquéreur dans l'espèce de peine qui résulte pour lui de la résolution du contrat, n'est-il pas naturel que le vendeur poursuive d'abord le payement du prix? L'ordre logique n'est-il pas que le prix, objet principal de la vente, soit réclamé en premier lieu, sauf, en cas d'impossibilité de le recouvrer, à attaquer l'acquéreur par d'autres moyens? Ce serait abuser de l'intention du vendeur, que de soutenir qu'il a renoncé à la clause résolutoire : s'il y a renoncé, ce n'est qu'à la condition *sine qua non* qu'il sera payé.

Les lois romaines qui sont mises en

[1] Caen, 18 juin 1813. Rouen, 4 juillet 1815. Paris, 11 mars 1816 (Sirey, t. 17, 1re part., p. 109). Limoges, 19 janvier 1824 (Sirey, t. 26, 2e part., p. 183). Cass., 30 avril 1827; 24 août 1831 et 30 janvier 1837.

[2] Cass., 26 mars 1828. Dalloz, t. 28, 1re part., p. 195. *Voy.* l'arrêt de Limoges cité ci-dessus. Montpellier, 29 mai 1827.

[3] Art. 731 du Code de proc. Pigeau, t. 2, p. 230, n° 5.

[4] *Voy.* préface.

[5] *Thémis*, t. 5 et 6. *Voy.* aussi Grenier, t. 2, n° 392, et liv. 1, *Disc. prélim.*, n° 8, § 6.

[6] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Option*, § 1. *Voy.* les *Brocards* d'Azon, p. 538.

avant [1] ne sont pas applicables, comme je vais le montrer.

La loi 7 D. *de lege commissor.*, qui est le type des autres, est ainsi conçue : « Post » diem legi commissoriæ præstitutum, si » venditor pretium petat, legi commissoriæ » renuntiatum videtur, *nec variare* et *ad* » *hanc redire potest.* »

On voit qu'elle ne s'occupe que du cas où la vente est accompagnée du *pacte commissoire*. Or, l'effet du *pacte commissoire* était fort différent de la clause résolutoire du droit français. Le pacte commissoire rendait la chose *inempta*, par défaut de payement du prix à l'époque convenue. Il opérait *de plein droit* [2], et le vendeur pouvait la reprendre, en vertu de l'action de revendication, comme lui appartenant. Dans cet état de choses, demander le prix, c'était reconnaître l'existence de la vente, c'était agir en vertu de l'action *ex empto*, qui ne peut découler que d'un acte de vente existant; c'était, par conséquent, renoncer au *pacte commissoire* qui suppose la vente détruite. On ne peut vouloir tout à la fois qu'un contrat soit ou ne soit pas. Quand on agit comme si la vente subsistait toujours, on purge le pacte qui permettait de la considérer comme anéantie. On lui redonne l'existence, qu'elle avait perdue par le seul fait de l'omission du payement. La conséquence que les lois romaines tirent de l'action en payement du prix est donc tout à fait rationnelle.

Mais les choses sont bien différentes dans notre clause résolutoire tacite. Elle n'est qu'un pacte commissoire *imparfait* [3]. Elle ne permet pas de considérer la vente comme résolue *de plein droit;* elle autorise seulement la résolution [4]. En attendant, la vente subsiste toujours. Aucune incompatibilité ne se fait donc remarquer entre l'action en payement du prix et l'action en résolution de la vente. Demander le prix, ce n'est pas, comme dans le cas prévu par les lois romaines, renoncer à la non-existence de la vente. Cette non-existence n'est pas encore arrivée; car, pour qu'elle arrive, il faut que le vendeur la demande en justice, et l'obtienne des tribunaux. Et si le vendeur la réclame, après avoir vainement demandé le prix, ce n'est pas de sa part se mettre en contradiction avec lui-même; ce n'est pas vouloir qu'une chose soit détruite, quand on avait voulu qu'elle subsistât; c'est partir d'un point fixe, l'existence de la vente, et en demander soit l'exécution, soit l'annulation. C'est échelonner les moyens, suivant l'exigence des cas [5].

225. Mais la décision est-elle la même lorsque le vendeur se trouve en contact avec des tiers, lorsque, par exemple, sachant qu'un ordre va être ouvert, il y intervient pour réclamer une collocation privilégiée?

On a vu ci-dessus l'opinion de la cour de cassation, et la critique de Merlin. Un arrêt de Montpellier, 1er juillet 1828, a paru à quelques personnes s'être rangé à l'opinion de ce jurisconsulte : je ne suis pas sûr cependant que telle soit sa portée; car le recueil de Dalloz expose les faits de manière à laisser du doute à cet égard [6].

Quoi qu'il en soit, il me semble que le système de la cour de cassation doit l'emporter [7].

Le vendeur qui se présente à un ordre, pour être payé de ce qui lui est dû sur les deniers à distribuer, fait un acte positif par lequel il ratifie la revente faite par son acquéreur [8]. Il acquiesce à cette transmission de la propriété entre les mains d'un tiers; il s'interdit, par conséquent, le droit de venir ensuite faire résoudre ce qui a été consommé sous ses yeux, avec son concours et sa participation. La bonne foi s'oppose à ce que le tiers acquéreur, qui a mis les deniers en distribution, soit inquiété par celui-là même qui a ratifié cet acte par sa présence, et par sa volonté d'en profiter.

Merlin oppose plusieurs lois romaines, d'où il résulte que lorsque de deux actions que l'on croyait avoir, on a choisi par erreur celle qui était insoutenable, et que l'on n'a-

[1] L. 7, Dig. *de lege commissor.*, L. 4, C. *de pactis inter empt. et venditor.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 500, nº 7.

[2] Pothier, *Vente*, nº 462.

[3] Argument de ce que disent Voet, lib. 18, tit. 3, nº 2, et Zanchi, *de prælatione creditor.*, exercit. 5, nº 10.

[4] Art. 1184 et 1655 du Code civil.

[5] Merlin est de cet avis. *Répert.*, vº *Résolution*.

[6] Le vendeur avait inutilement produit dans un ordre précédent; mais, autant que je puis en juger par le rapprochement des faits, l'immeuble qu'il voulait reprendre par le moyen de la résolution n'était pas celui dont le prix avait été distribué. Pris en ce sens, cet arrêt ne serait pas une confirmation de l'opinion de Merlin.

[7] Un arrêt de Paris, 26 juin 1826, l'a approuvé indirectement.

[8] Arrêt de Riom, 28 février 1824.

vait réellement pas [1], rien n'empêche que l'on ne retourne à celle qui est valable. Il croit pouvoir s'en prévaloir contre la cour de cassation, parce que, dans l'espèce qu'elle a jugée, le vendeur n'était intervenu dans l'ordre que dans la croyance que son inscription était valable, tandis qu'elle était nulle pour défaut de forme.

Je reconnais qu'en thèse ordinaire, l'erreur sur le choix d'une action n'empêche pas de recourir à celle qui est de nature à produire effet : « *Qui inepta utitur*, dit Go- » defroy [2], *apta, ut subsidiaria, uti posse.* » Mais il me semble que ceci n'est pas applicable, lorsque des tiers ont été mis en jeu, lorsque l'erreur de celui qui agissait avec un titre coloré a fait consommer avec eux des actes de bonne foi. Ces actes doivent être maintenus; car la réparation de l'erreur aurait des suites plus fâcheuses que l'erreur elle-même, et l'on arriverait à ce résultat injuste de préférer celui qui s'est trompé par sa faute, à ceux qui ont été trompés par lui.

226. J'ai parlé, n° 78, du rang que le vendeur peut réclamer contre les autres créanciers privilégiés sur les immeubles. Je me borne à faire remarquer ici que, lorsqu'il y a plusieurs vendeurs successifs du même objet, ils ne viennent pas entre eux par contribution, mais que le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite [3].

La raison en est simple. Chaque vendeur a reçu l'immeuble grevé, au profit de son prédécesseur, de la condition résolutoire pour défaut de payement du prix. Or, si le premier vendeur peut opérer la revendication sur le second, et lui enlever la chose vendue, par identité de raison, il doit lui être préféré sur le prix, qui n'est que la représentation de l'immeuble [4].

§ II. *Privilége de ceux qui ont fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble.*

227. Par le droit romain, celui qui avait fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble, n'avait aucun droit réel sur cet immeuble, à moins qu'il ne se fût expressément réservé un droit d'hypothèque.

« Licet, iisdem pignoribus multis credi- » toribus, diversis temporibus, datis, prio- » res habeantur potiores, tamen *eum cujus* » *pecunia prædium comparatum probatur*, » *quod ei pignori esse specialiter obligatum* » STATIM CONVENIT, omnibus anteferri juris » auctoritate declaratur. » L. 7. C. *qui potior* [5].

Grenier me paraît avoir mal saisi le sens de cette loi [6]. « De la loi *Licet*, dit-il, il se » tirait la conséquence qu'il n'y avait pas » un *privilége tacite* en faveur de celui qui » aurait fourni des deniers pour acheter cet » immeuble, par cela seul qu'il y en eût eu » une simple reconnaissance de la part de » l'acquéreur. Il était indispensable qu'il » fût dit que la somme avait été employée » à l'acquisition. » Si je ne m'abuse, ce n'est pas là ce que veut cette loi. Elle ne fait pas seulement dépendre le privilége de la preuve que la somme a été employée à l'acquisition ; elle le fait dépendre avant tout de la stipulation expresse *que l'immeuble acheté sera affecté par hypothèque au prêteur.*

Le motif pour lequel celui qui prêtait pour acheter n'avait aucun droit réel sur la chose, était cette maxime vulgaire : « *Quod* » *ex mea pecunia comparatum est, meum non* » *est.* » Il fallait une convention d'hypothèque pour assurer un droit réel.

Il n'y avait que l'immeuble acheté des deniers du pupille, qui fût affecté *tacitement* à la sûreté du prêt. Une constitution spéciale et exceptionnelle de Sévère et Antonin [7]

---

[1] On peut voir un plus grand nombre encore de ces lois citées dans les *Brocards* d'Azon, p. 538. Cet auteur en note jusqu'à quatorze.

[2] Sur la loi 11, § 7, Dig. *de inst. actione*, note *y*, et sur loi 1, C. *de furtis*.

[3] Disp. de notre article.

[4] Cette raison n'est pas la véritable. Le privilége du vendeur n'a rien de commun avec son droit de revendication et son droit de demander la résolution du contrat. Le privilége du premier vendeur est préféré au privilége du second vendeur de l'immeuble, parce que celui-ci n'ayant jamais déboursé ce prix à son auteur qui est resté ainsi doublement privé de la chose et du prix, s'enrichirait évidemment aux dépens de son vendeur s'il pouvait le primer. S'il en était autrement, le privilége, au lieu de trouver son fondement dans des motifs d'équité, ne ferait que consacrer l'injustice. *Voy.* au surplus les notes sur les nos 79 et 117 *bis*. (*Note de l'éditeur belge.*)

[5] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 573, n° 27.

[6] Grenier, t. 2, n° 392.

[7] L. 3, Dig. *de reb. eor. qui sub tutela*. Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 29. Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 2, c. 4. Favre, *Code*, lib. 8, tit. 8, déf. 10. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 573, note D, et t. 2, p. 102, n° 12.

avait été nécessaire, pour introduire cette dérogation au droit commun.

L'hypothèque conventionnelle du prêteur de deniers était privilégiée, c'est-à-dire, qu'elle assurait un rang supérieur aux hypothèques, même antérieures. La raison en était que le prêteur ayant, en quelque sorte, procuré un gage aux créanciers, devait leur être préféré [1]; « quia scilicet non aliter » erat contracturus nec proinde cæteris an» terioribus creditoribus pignoribus causam » præbiturus [2]. » Ainsi que le dit Louet, la chose entrait dans les biens du débiteur *cum causa privilegii* [3].

C'était une question que de savoir si le prêteur de deniers avait, en l'absence de toute convention, un privilége, *personnel*, *inter chirographarios*.

Bartole décidait l'affirmative, mais à la condition qu'il fût constaté que l'argent avait été prêté pour l'achat de la chose. « Quandoque quis mutuat *ad rem emendam*, » non expresso quod illa res sit ei obligata, » et tunc habet privilegium *in personali*, » *non in hypothecaria*... Quandoque quis » mutuat pecuniam suam simpliciter, *non* » *exprimendo ad rem emendam*, tamen ex ea » res emitur, et tunc non habet privile» gium *neque in personali*, *neque in hypothe-* » *caria*, ut supra *de trib. act.* 1. *procurat.* » § *plane* [4]. »

Cette opinion est aussi celle de Loyseau [5] et de Perezius [6]. Cependant j'aurais de la peine à l'adopter, car aucune loi ne parle de ce privilége. La loi *procurat.* § *plane*, D. *de trib. act.*, paraît au contraire l'exclure formellement. « Licet merces quæ exstant, ex » unius creditoris pecunia sint comparatæ, » dicendum erit omnes in tributum ve» nire [7]. » A la vérité, la loi *quod quis*, citée ci-dessus, n° 181, et la loi 26 D. *de reb. auct.*, portaient que celui qui avait prêté de l'argent pour l'achat d'un vaisseau avait un privilége personnel. Mais des auteurs très-graves remarquaient que c'était une exception introduite *favore navigationis* [8].

228. Mais revenons à l'hypothèque privilégiée du bailleur de fonds. C'était une grande difficulté de savoir si, pour s'en prévaloir, il était nécessaire que l'acte contînt, outre la stipulation d'hypothèque, la mention que l'argent était prêté pour opérer l'achat, ou s'il suffisait que par le résultat il fût prouvé que l'argent y avait été réellement employé. Notre vieux commentateur *Faber* soutenait [9] que la clause de *destination* n'était pas nécessaire, et qu'il suffisait de l'*événement*. Cette opinion, adoptée par plusieurs jurisconsultes, ne paraît pas contraire au texte précis de la loi *licet*.

Mais je préfère l'opinion de Loyseau, qui ne veut pas que la loi *licet* soit prise isolément, et qui la combine avec la novelle 97, chap. 4, où il est dit : « *si* EXPRESSIM SCRIPTUM » SIT *in instrumento*, *creditum fuisse aurum* » *occasione militiæ* [10]. »

On conçoit d'ailleurs facilement la raison de cette exigence. Il ne fallait pas qu'un prêt hypothécaire fait purement et simplement, et sans vouloir que les fonds fussent employés à un achat, acquît un privilége, *ex post facto*, par des circonstances non prévues et étrangères à la volonté du prêteur.

Ainsi, la destination devait être expressément convenue.

D'un autre côté, j'ai montré (n° 27) par le texte de la loi *licet* qu'il fallait rapporter la preuve de l'emploi. « *Cujus pecunia prædium comparatum probatur* [11]. »

Tels étaient les principes du droit romain sur cette matière qui présentait de grandes difficultés d'interprétation, mais que les efforts des commentateurs étaient parvenus à éclaircir et à systématiser. Je m'y suis arrêté trop longtemps, peut-être, au gré de quelques lecteurs, et cependant je n'ai fait que toucher les sommités, et faire ressortir les résultats.

229. En passant dans notre ancien droit français, le droit du bailleur de fonds subit d'importantes modifications [12].

On sait que nos contrats authentiques emportaient avec eux une hypothèque sans

---

[1] Favre, *loc. cit.*

[2] Expressions de Favre, *loc. cit.* Elles font allusion aux créanciers antérieurs ayant hypothèque *générale*.

[3] Lettre H, somm. 21.

[4] Sur la loi *interdum qui potior*, D.

[5] *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 31.

[6] *Code*, lib. 8, tit. 18, n° 19.

[7] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 410, n° 9.

[8] Favre, *Code*, lib. 8, tit. 8, déf. 18, note 2. *Conjectur.*, lib. 8, cap. 11 et 12.

[9] Sur la loi *licet*.

[10] *Off.*, liv. 3, chap. 8, nos 29 et suiv.

[11] *Voy.* aussi la loi dernière, C. *de pignor.* Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 5, nos 11, 12, 13, 14, 15, a parfaitement expliqué cette matière, en réfutant toutes les objections et en conciliant tous les textes qui paraissent contraires.

[12] Dalloz dit que la loi *licet* prescrivait les mêmes formalités que l'art. 2103, n° 2, Code civil. (Voy. *Hyp.*, p. 51, n° 15). On se convaincra aisément par ce qui suit que cette assertion manque d'exactitude.

stipulation. Il ne fut donc plus nécessaire que celui qui prêtait son argent à un acheteur par acte devant notaires stipulât une hypothèque.

D'un autre côté, on maintint avec sévérité l'usage de la condition prescrite par la novelle 97, chap. 4, savoir, qu'il résultât d'une clause expresse de l'acte que le prêt était fait pour acheter [1].

On alla même plus loin, afin d'éviter les fraudes, et l'on exigea qu'indépendamment de la mention contenue dans le contrat de prêt sur la destination, l'emploi de l'argent prêté fût prouvé par l'acte d'achat, dans lequel il fallut insérer la clause *que le payement du prix de l'immeuble avait été fait avec l'argent prêté,* chose que le droit romain n'exigeait pas, car il se contentait d'une preuve quelconque de l'emploi [2]. Cette jurisprudence se maintint jusqu'aux derniers temps; on peut en suivre les progrès ultérieurs dans Basnage [3].

A ces conditions, le prêteur de fonds avait un *privilége* de plein droit, qui répondait à l'*hypothèque privilégiée*, qui chez les Romains ne résultait que d'une convention formelle.

230. C'est sous les mêmes conditions que le Code civil accorde un privilége à celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'un immeuble (*infra*, 354).

Il faut d'abord qu'il soit *authentiquement* constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi.

Il faut ensuite que la quittance donnée à l'acquéreur de l'immeuble par le vendeur, porte que le payement a été fait des deniers empruntés.

La disposition du Code qui impose ces conditions au prêteur jaloux de s'assurer un privilége, revient à celle qui est renfermée dans l'art. 1250, n° 2.

« Lorsque le débiteur, dit ce dernier article, emprunte une somme à l'effet de » payer sa dette, et de subroger le prêteur » dans les droits du créancier, il faut, pour » que cette subrogation soit valable, que » l'acte d'emprunt et la quittance soient » passés devant notaires; que dans l'acte » d'emprunt il soit déclaré que la somme a » été empruntée pour faire le payement, et » que dans la quittance il soit déclaré que » le payement a été fait des deniers fournis » par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours du nouveau » créancier. »

Celui qui emprunte pour acheter subroge, en effet, *de plein droit,* le prêteur au privilége du vendeur, et le cas dont parle notre article n'est qu'une espèce particulière de l'art. 1250, n° 2.

231. Le mot *authentiquement* dont se sert notre article doit être remarqué. En le rapprochant de l'art. 1250, n° 2, on voit clairement qu'il est nécessaire que le prêt soit fait *par acte public*. Sans cela, on ne pourrait en tirer une cause de privilége. La raison en est que, les actes sous seing privé se pliant avec une grande facilité aux fraudes que la mauvaise foi veut pratiquer, la loi a dû s'en défier avec soin. Ainsi, par exemple, il serait possible qu'un prêt ayant été fait purement et simplement, l'emprunteur achetât un immeuble avec l'argent prêté, et que le bailleur de fonds colludant avec son débiteur, profitât de cette circonstance imprévue, et se fît faire, après coup, un acte de prêt sous seing privé pour établir que l'argent avait été originairement confié pour acheter : cette fraude, très-facile avec le moyen des actes sous seing privé, nuirait gravement aux droits des tiers, et la loi s'est armée de précaution pour la prévenir.

232. On n'était pas d'accord dans l'ancienne jurisprudence sur le temps qui devait s'écouler entre le prêt et l'emploi. La loi 24, § 3, *D. de reb. auct jud.*, exigeait que le temps fût assez court pour qu'on ne pût supposer que l'acquéreur effectuait le payement avec d'autres deniers. « *Quod* » *quidem potest benigne dici, si modo, non* » *post aliquod intervallum, id factum sit.* »

Renusson voulait que l'emploi fût fait le même jour que le prêt [4].

Bacquet [5] donnait jusqu'au lendemain, et son opinion avait été confirmée par un arrêt du parlement de Toulouse, du 2 mai 1778, rapporté par Catellan [6].

D'autres auteurs, dont les opinions sont rapportées dans le *Répertoire de jurispru-*

---

[1] Louet, lettre H, somm. 21.
[2] Idem. Loyseau, *Offices*, liv. 3, chap. 8, n° 44.
[3] *Hyp.*, chap. 14.
[4] Chap. 11, n° 12.
[5] *Droits de justice*, chap. 2, n° 241.
[6] Liv. 5, chap. 29.

dence [1], accordaient un plus long délai : les uns parlaient de trois jours, les autres de dix.

Le Code ne s'exprimant pas à cet égard, il est impossible d'adopter une règle fixe; tout doit dépendre des circonstances; le juge examinera si, d'après les faits, il y a lieu de décider que l'argent n'a pas reçu l'emploi convenu, et si l'achat a été fait avec d'autres fonds. La loi s'en rapporte à sa conscience, qui ne peut recevoir de lumières que des éléments de la cause [2].

233. J'ai dit quelque chose, au n° 78 *bis*, du rang de celui qui a prêté des fonds pour effectuer un achat.

J'ajoute ici, quoique j'en aie déjà fait l'observation, que le bailleur de fonds étant un simple subrogé aux droits du vendeur, cette subrogation ne doit point nuire à ce vendeur, et si celui-ci n'a pas été payé de tout ce qui lui était dû pour prix de vente, il pourra recouvrer la portion encore due, par préférence sur le prêteur. *Creditor non videtur cessisse contra se*, dit Dumoulin [3].

Jacques prête à Titius une somme de 50,000 francs pour acheter la terre de *Rioville*. Titius se rend acquéreur de cette propriété, pour 150,000 francs, et il ne paye au vendeur que 50,000 francs. Il est clair que le vendeur sera privilégié sur l'immeuble pour les 100,000 francs restant dus, et qu'il devra en être payé par préférence au bailleur de fonds, lequel ne viendra ensuite pour son prêt que par subrogation aux droits du vendeur, et jusqu'à concurrence de ce dont ses fonds auront contribué à le désintéresser [4].

234. Il s'est présenté, au parlement de Paris, un autre cas où le rang du bailleur de fonds a donné lieu à difficulté. Barillon avait vendu ses terres de Bellair et de Souploire au sieur de Vignoles pour 87,000 francs, payables à ses créanciers qu'il avait dénommés par le contrat. L'acquéreur paya aux plus anciens créanciers indiqués 57,000 francs qu'il avait empruntés, et *fit subroger les prêteurs* aux droits et actions des créanciers payés. Le sieur de Vignoles devait encore 27,000 francs lorsque les terres de Bellair et de Souploire furent vendues sur lui par expropriation forcée. Le sieur Barillon s'opposa pour les 27,000 francs restant dus à ces créanciers, et prétendit préférence sur les prêteurs subrogés par le fait des créanciers payés.

Le lieutenant général d'Angers débouta le sieur Barillon de sa demande, sous prétexte que ceux qui avaient prêté des fonds au sieur de Vignoles avaient été subrogés aux créanciers de Barillon, et qu'ils devaient avoir même hypothèque et même privilége. Il y eut appel, et, par l'arrêt du 7 septembre 1761, la sentence fut infirmée. On jugea, dit Renusson [5], que ceux qui avaient prêté leurs deniers à l'acquéreur, et qui avaient été subrogés aux plus anciens créanciers du vendeur, ne devaient être payés qu'après que tous les créanciers du vendeur auraient été acquittés, par la raison, ajoute cet auteur, que la subrogation consentie par les plus anciens créanciers du vendeur qui avaient reçu leur payement, ne devait nuire ni préjudicier au vendeur et à ses autres créanciers. Cet arrêt est très-juste, dit Renusson, et la justice en est palpable et évidente.

J'avoue que je ne suis nullement frappé de cette évidence de justice, et je trouve qu'il y a fort à dire contre cet arrêt du parlement de Paris et contre la doctrine de Renusson [6], quoiqu'elle soit adoptée par Grenier.

Je distingue d'abord si les créanciers, que le bailleur de fonds a désintéressés avec ses deniers, sont hypothécaires ou cédulaires.

S'ils sont créanciers hypothécaires, et si leur hypothèque précède celle des créanciers non payés, alors, la subrogation mettant le bailleur de fonds dans tous les droits hypothécaires des créanciers désintéressés qui se retirent, ceux qui sont postérieurs en hypothèque ne peuvent s'opposer à cette substitution, et ils n'y ont même aucun intérêt. Car peu importe pour eux que le premier rang soit occupé par ces créanciers eux-mêmes, ou par le bailleur de fonds, qui, au moyen de la subrogation, n'est que leur représentant.

« Mais, dit Renusson, cette subrogation » ne peut nuire ni au vendeur ni aux autres

[1] Voy. *Subrogation de personnes*, p. 37, col. 2.
[2] Grenier, t. 2, n° 393. *Répert.*, v° *Subrogation*, *in princip.*
[3] *De contract. usur.*, quest. 89. Socin, *Conseil*, p. 206.
[4] Renusson, *Subrogation*, chap. 15.
[5] Idem, chap. 15, n° 11.
[6] Grenier, t. 2, n° 394.

» créanciers. Les créanciers du vendeur re» présentent tous ensemble le vendeur, et » comme le vendeur qui reçoit partie du » prix et qui consent subrogation, n'est pas » censé subroger contre lui-même, de même, » le créancier délégué qui recoit son paye» ment, ne peut subroger qu'après que le » prix de la chose vendue aura été payé ef» fectivement et entièrement [1]. » Je réponds par les observations suivantes. D'abord, remarquons que les prêteurs sont subrogés, dans notre espèce, non au vendeur lui-même, mais à ses créanciers hypothécaires, c'est-à-dire, à des créanciers qui ont un droit plus éminent que lui. Ainsi il ne peut pas se plaindre, et dire que la subrogation tourne contre lui. Car ce n'est pas lui qui donne la subrogation. La maxime *nemo videtur cessisse contra se*, ne lui est pas applicable. Qui a donné la subrogation? Ce sont les créanciers du vendeur, préférables en hypothèque. Or, la subrogation leur estelle nuisible? on ne peut pas le soutenir. Donc on doit mettre de côté ce principe : *nemo videtur cessisse contra se.*

J'admets le principe que tous les créanciers délégués représentent le vendeur. Mais il n'en est pas moins vrai qu'ils ne doivent venir que suivant leur rang d'hypothèque (*infra*, 347). Donc les plus anciens seront payés avant les derniers. Donc les subrogés à ces plus anciens devront être préférés aux plus nouveaux. Les plus nouveaux créanciers diront-ils que le vendeur avait un droit de préférence et d'exclusion pour le reliquat du prix, et qu'ils peuvent exercer ce droit de leur débiteur [2]? Je soutiens que ce n'est là qu'une vaine objection. Qu'ils représentent le vendeur tant qu'ils voudront. Mais les prêteurs subrogés représentent les créanciers de ce vendeur; ils sont donc investis de droits contre lesquels ceux du vendeur ne peuvent que venir se briser. Ainsi, soit qu'ils agissent de leur chef, soit qu'ils veuillent représenter le vendeur, les créanciers non payés ne peuvent réclamer davantage contre les subrogés. Aussi Renusson rapporte-t-il plusieurs arrêts du parlement de Paris, dont un du 10 avril 1677, qui ont jugé contre son opinion.

Si les créanciers antérieurs sont cédulaires, comme, malgré la date des contrats, ils sont tous égaux, et qu'ils ne peuvent venir que par contribution entre eux, il est clair que, s'il y a perte, ils doivent tous perdre proportionnellement. Alors le bailleur de fonds ne pourra pas représenter les créanciers désintéressés pour le total de ce qu'il leur a payé, mais seulement pour la part que ceux-ci auraient eue dans la distribution. S'il prétendait collocation pour le total, les créanciers postérieurs objecteraient avec raison que la subrogation dont il se pare ne peut léser leurs droits; que ceux qu'il représente ne pouvant recevoir le total de leurs créances, mais seulement une part proportionnelle, il ne peut toucher plus qu'eux, et ce serait tant pis pour le bailleur de fonds qui aurait aventuré son argent, en souffrant qu'on fît des payements isolés, et en négligeant de demander et d'exiger une distribution.

Le bailleur de fonds objecterait vainement, je crois, que les créanciers antérieurs ayant reçu leur dû, avant qu'un ordre ait été provoqué, ils ont été bien payés; que puisqu'on ne pourrait recourir contre eux pour les faire rapporter, et qu'ils sont en position de ne pouvoir pas perdre, celui qui les représente ne doit pas perdre davantage. Les créanciers non payés répondraient victorieusement : Peu importe ce qui s'est passé entre vous et nos créanciers. Puisque vous les représentez, c'est comme s'ils venaient eux-mêmes à la distribution. Or, s'ils se présentaient, ils devraient supporter, dans l'espèce, une perte proportionnelle; donc, vous devez, par conséquent, la supporter pour eux.

§. Je viens à une autre hypothèse. Titius prête des fonds pour payer Caïus, vendeur de l'immeuble Cornélien. Caïus le subroge en tous ses droits. Mais ce même Caïus demeure encore créancier pour prix de vente de 20,000 fr. On sait qu'à cet égard il a préférence exclusive.

Évidemment les créanciers de Caïus qui auront été délégués pour recevoir ces 20,000 fr. l'emporteront sur le prêteur de fonds; car ils représentent le vendeur dans son droit de préférence. On voit qu'il y a une différence totale entre ce cas et le précédent.

235. Lorsque plusieurs personnes ont successivement prêté des deniers pour l'acquisition d'un immeuble, elles doivent toutes venir par concurrence. C'est ce qu'établit

[1] Renusson, *Subrogation*, chap. 15, n° 15.

[2] *Supra*, n° 233. *Infra*, n° 378.

Renusson (ch. 16) dont l'opinion doit être suivie.

Je reviendrai sur ce point (n° 379).

235 *bis*. L'art. 692 du Code de procédure civile prononce la nullité de la vente des immeubles saisis, qui serait faite, par le débiteur, après que la saisie lui aurait été dénoncée. Mais l'art. 693 porte que néanmoins l'aliénation ainsi faite aura son exécution, si avant l'adjudication l'acquéreur consigne somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais, les créances inscrites, et signifie l'acte de consignation aux créanciers inscrits. Le même article ajoute : « *Si* » *les deniers ainsi déposés ont été empruntés,* » *les prêteurs n'auront d'hypothèque que pos-* » *térieurement aux créanciers inscrits lors de* » *l'aliénation.* »

Cette décision est en harmonie avec ce principe que le subrogé ne peut avoir plus de droits que le cédant. Le saisi était tenu à payer tous les créanciers inscrits : le prêteur qui est subrogé à ses droits ne peut être de meilleure condition : il doit supporter la préférence de tous les créanciers inscrits.

§ III. *Priviléges des cohéritiers et copartegeants.*

236. « Il est certain, dit Lebrun, que la » soulte de partage est privilégiée sur le lot » qui doit la soulte [1]. »

Ce privilége est quelquefois appelé du nom d'hypothèque tacite ou légale dans l'ancienne jurisprudence [2], parce que l'on confondait presque toujours le privilége avec l'hypothèque lorsqu'elle était privilégiée ; et l'on ne peut nier que l'hypothèque pour soulte de partage ne fût privilégiée, d'après ce que dit le même Lebrun [3].

Le Code civil a emprunté ce privilége à l'ancien droit, et, comme le dit Grenier, il contient une amélioration à la loi de brumaire an 7 ; car, sous le régime hypothécaire organisé par cette loi, les soultes de partage n'étaient point classées parmi les créances privilégiées ou ayant hypothèque tacite.

237. Le privilége pour soulte s'étend à *tous les immeubles* de la succession [4]. Il est facile d'en donner la raison. Dans les partages, *tous les lots* sont garants les uns des autres. Un héritier ne peut jamais avoir de droit certain dans les effets qui sont tombés dans son lot, que son cohéritier ne soit rempli à proportion (*supra*, 79). C'est ce qui a été établi comme conséquence naturelle du principe d'égalité, qui doit régner entre héritiers. Or, si la soulte n'avait pas un privilége sur tous les immeubles de la succession, cette égalité, âme du partage, serait le plus souvent brisée [5]. Il serait possible, par exemple, que l'immeuble chargé de la soulte eût perdu de sa valeur, et fût insuffisant pour l'acquitter. Le créancier pour soulte doit donc avoir un recours privilégié sur les autres lots.

238. Le communiste qui a procédé à un partage a le même privilége que le cohéritier. A la vérité, notre article n'en parle pas ; mais cette omission est réparée par l'article 2109, corroboré de l'art. 1479 du Code civil [6].

239. Il importe maintenant de bien se fixer sur les créances produites par le partage, et revêtues d'un privilége.

1° Nul doute quant à la soulte. Notre article en fait mention expresse. On appelle soulte, la somme qu'un héritier est obligé de payer à son cohéritier, lorsque son lot excède la portion afférente et qu'un retour est nécessaire pour rétablir l'équilibre.

On sait qu'avant le partage, chaque cohéritier a un droit indivis [7], *in tota et in qualibet parte*, droit réel et affectant étroitement la chose. Or, les cohéritiers sont censés n'avoir abandonné ce droit, assis sur tous les immeubles héréditaires, qu'autant que le partage établirait une égalité parfaite ; et comme la soulte n'est stipulée ou due que pour maintenir ce juste équilibre,

[1] *Success.*, liv. 4, chap. 1, n° 34.

[2] Basnage, *Hyp.*, chap. 6, p. 14, col. 1. *Répert.*, v° *Hyp.* Lebrun, *loc. cit.*, et n° 74.

[3] *Loc. cit.*, et n° 60.

[4] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, sect. 4, § 3. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 52, n° 25. (Riom, 14 février 1828.) Art. 885 2109 du Code civil.

[5] Lebrun, chap. 1, liv. 4, n°s 34, 36, 66, 67, 81. *Répert.*, v° *Hyp.* (Grenier, t. 2, n° 397.)

[6] Grenier, t. 2, n° 407. Persil, art. 2103, § 3, n° 2. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 52, n° 26.

[7] Mourre (Sirey, t. 17, 1re part., p. 199) dit, dans un réquisitoire, que le copartageant n'est pas censé conserver un droit de copropriété jusqu'au payement de la soulte. Il s'appuie sur l'art. 883 du Code civil. Mais cet article n'est applicable qu'autant que le partage est accompli par le payement de tous les retours qui assurent l'égalité.

on conçoit qu'elle doit être privilégiée sur tous les biens, auxquels il a été renoncé par le partage.

2° Il arrive quelquefois que l'égalité dans le partage de succession s'établit entre les lots, sans qu'il y ait lieu à stipuler une soulte. Mais il peut arriver aussi qu'un des cohéritiers soit évincé de son lot ou de partie de son lot : alors l'égalité est rompue, et il faut nécessairement la rétablir par un retour que les cohéritiers sont obligés, comme *garants* [1] de l'éviction, de payer au cohéritier évincé. Le payement de ce retour est assuré par le privilége dont parle notre article [2].

3° Lorsqu'un immeuble de la succession n'est pas susceptible de partage, on en fait la licitation. Les cohéritiers ont, pour le prix, un privilége sur l'immeuble adjugé (art. 2109, *infra*, n° 291).

4° Quelquefois un héritier se met en possession de tous les biens héréditaires; il en recueille tous les fruits, et lors du partage, il promet à ses cohéritiers de leur payer une somme d'argent, pour les indemniser de cette jouissance. On demande si les créanciers de cette indemnité ont privilége sur le lot de leur cohéritier débiteur, et s'ils priment les hypothèques que cet héritier a constituées avant le partage sur les biens composant son lot.

Les opinions sont partagées à cet égard.

Grenier dit en propres termes : « Aucune » loi, aucune disposition du Code civil n'at» tribue ni *hypothèque* ni *privilége* aux héri» tiers sur la portion de l'un d'eux, pour la » restitution de ces jouissances [3]. »

Cette opinion a été adoptée par un arrêt de Grenoble, 21 juillet 1826.

D'un autre côté, un arrêt de Toulouse, 2 mai 1825 [4], et un arrêt de Riom, 4 février 1828, se sont prononcés en faveur des cohéritiers créanciers de la valeur des fruits.

Cette seconde opinion doit prévaloir, à mon avis.

L'indemnité pour fruits est une dette de l'héritier qui les a absorbés au préjudice de ses cohéritiers (art. 856 du Code civil). Comme telle, il doit en faire rapport à la masse (art. 856 du Code civil), et dès lors cette masse s'en trouve augmentée. C'est là la maxime proclamée par les interprètes du droit romain, « *fructus augent hæreditatem* [5]. »

Il suit de là, que ce qui est dû pour jouissance entre dans le partage comme élément nécessaire, et qu'il cesserait d'y avoir égalité si les cohéritiers, qui en sont créanciers, en étaient frustrés. Dès lors n'est-il pas clair que notre article vient leur prêter l'appui du privilége, qu'il constitue pour *soulte, retour de lots* et pour la *garantie des partages?*

L'héritier débiteur des fruits est encore plus étroitement lié que s'il était garant de la restitution. Les biens de son lot sont donc affectés par *privilége* à cette restitution, et les hypothèques dont il les a grevés envers ses créanciers personnels doivent passer après la créance des cohéritiers, qui est une créance sur la succession, sur la *masse des biens héréditaires* soumis au partage [6].

Les créanciers n'ont pas à se plaindre; ils

---

[1] Texte de notre article. L. 14, C. *familiæ ercisc.* (Lebrun, liv. 4, chap. 1, n° 60.)

[2] C'est aussi l'opinion de Grenier et de Persil. (*Voy.* cependant en sens contraire Liége, 9 mars 1818. Delvincourt, t. 3, p. 406.)

[3] Grenier, t. 1, n° 159.

[4] Telle est la jurisprudence de celte cour.

[5] L. 20, § 3, Dig. *de hæred. petit.* L. 178, § 1, *de verb. signif.* L. 9, C. *familiæ erciscund.* L. 2, C. *de petit. hæred.*

[6] Toutes ces raisons sont insuffisantes pour étendre le privilége des copartageants, au delà des termes de la loi, qui ne parle que de la garantie des partages et des soulte et retour de lots. L'obligation que contracte ce cohéritier par la promesse qu'il fait à ses cohéritiers, lors du partage, de leur payer une somme d'argent, pour les indemniser de sa jouissance exclusive pendant l'indivision, est une obligation ordinaire qui ne fait pas naître de privilége au profit de ceux qui en sont les créanciers, quoique leur qualité respective de cohéritiers en ait été l'occasion. Ils doivent s'imputer d'avoir toléré cette jouissance exclusive qu'ils pouvaient empêcher ; s'ils ne l'ont pas fait, ils ont consenti, à leurs risques et périls, que ce percepteur de fruits devînt leur *negotiorum gestor*, comptable en cette qualité. Autre chose serait peut-être si ces fruits perçus étaient considérés, lors du partage, comme faisant partie de la masse commune à partager, qu'il en fût tenu compte dans la composition de tous les lots, et que le lot de celui qui les a perçus fût grevé d'un retour équivalent à la portion qui en serait attribuée à chacun des autres lots. Nous disons *peut-être ;* car si les copartageants souffrent par là quelque diminution dans leurs parts, c'est qu'ils l'ont occasionnée par leur fait, en tolérant la jouissance exclusive de leur cohéritier. Cependant il est évident que ces fruits font partie de la masse commune indivise à partager ; qu'ils peuvent dès lors être l'occasion d'un retour de lots, et que la loi accorde le privilége pour retour de lots, sans distinction de la cause de ce retour. Toutefois ce serait une question de fait, qui tombe dans le domaine souverain du juge, de décider d'après les circonstances, si dans ce cas il y a véritablement retour de lots et, par conséquent, s'il y a lieu au privilége. (*Note de l'éditeur belge.*)

devaient savoir qu'avant le partage leur débiteur n'avait pas l'entière disposition des biens qu'il leur a hypothéqués; ils devaient savoir qu'il n'était pas en son pouvoir de préjudicier, par son fait, au droit de ses cohéritiers, droit qui remonte à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 856 du Code civil). Ils n'ont pu acquérir que des droits subordonnés à la condition à laquelle était soumis celui qui leur a concédé hypothèque (art. 2125 du Code civil, et article 2109 id.). Telle est l'opinion qui me semble résulter des dispositions de notre article. Mais je n'ai pas besoin de dire que le privilége doit être conservé par les moyens dont il sera parlé en commentant l'article 2109.

5° Quelquefois un héritier est obligé, par le fait, de payer une dette qui, dans le partage, a été mise dans le lot de son cohéritier. Alors il lui est dû une récompense, et il n'y a pas de doute que cette récompense, qui doit seule rétablir l'égalité, ne soit privilégiée [1].

C'est par suite du même principe que Pothier est d'avis que, lorsque le mari a payé, après le partage de la communauté, des dettes qui faisaient partie du lot de la femme ou de ses héritiers, il a privilége (ou hypothèque privilégiée, comme on disait alors) sur les conquêts échus à la femme par ce partage. En effet, la femme ne peut prendre part aux biens de la communauté, qu'à la charge de payer les dettes.

Quelque juste que soit cette décision, Grenier veut cependant qu'on la rejette. Les motifs sont qu'en fait de partage, il n'y a de privilége que pour deux objets : le premier, pour la garantie des lots en cas d'éviction; le second, pour les soultes et retours de lots. Au premier cas, ajoute Grenier, le privilége tient à l'exercice d'un droit de propriété; au second, il se place sur la ligne d'un privilége pour prix de vente. Ces motifs ne se présentent pas pour le cas dont il s'agit. Le mari ne fait qu'exercer une action en répétition de ce qu'il a payé pour autrui. Lebrun restreint le privilége aux seuls cas de garantie et de retour de lot [2].

Je crois qu'on peut répondre victorieusement à cette argumentation. Et d'abord quels sont les motifs qui ont fait établir ce privilége? Je l'ai dit (n°s 237 et 239). C'est la nécessité de maintenir l'égalité. Or, lorsque le mari se *trouve forcé* de payer une obligation qui était dans le lot de sa femme, l'égalité serait renversée, si son action en indemnité n'était pas privilégiée. La portion de la femme a dû être d'autant plus opulente que la charge était plus considérable, et il serait injuste que le mari la payât pour elle, lui qui n'a abandonné ses droits sur la portion indivise des biens échus à la femme, que sous la condition tacite qu'elle acquitterait la dette. C'est donc réellement comme propriétaire que le mari agit ici, par privilége, sur les conquêts de la communauté. Quant à Lebrun, que Grenier oppose, il ne dit pas un mot de la question, et son silence ne doit certes pas être invoqué comme une autorité. Au contraire, Basnage et Pothier, dont j'ai cité l'opinion, traitent spécialement la difficulté.

La raison donnée par Grenier, que le mari ne fait, dans l'espèce, qu'exercer une action en répétition pour ce qu'il aurait payé pour autrui, serait bonne si le mari avait payé depuis le partage volontairement et pour rendre un office d'affection. Alors il serait comme un simple créancier qui a payé la dette d'un autre. Mais on doit supposer, au cas particulier, que le mari a été contraint par quelque action solidaire ou autre, de payer ce qui était devenu, par le partage, une charge du lot de la femme [3].

240. On demande si le cohéritier ou copartageant a privilége pour tous les intérêts qui peuvent lui être dus, et si ces intérêts prennent rang avec la soulte? Quelques personnes qui voudraient juger la question par l'analogie qui existe entre le vendeur et le copartageant, pourraient opiner pour l'affirmative. Mais cette analogie est souvent fautive, et, comme l'a dit Dumoulin [4], si le partage tient en quelque point de la vente

[1] Basnage, chap. 6, p. 14, col. 1, *in fine*.

[2] *Hyp.*, t. 2, n° 399. Dalloz appuie, contre Persil, l'opinion de Grenier, *Hyp.*, p. 52, n° 28.

[3] Duranton, n°s 187 et 188, est de l'avis de Grenier, n° 399. Mais l'opinion contraire que défend ici Troplong est partagée par Pothier, *de la Comm.*, n° 762, Persil, *Rég.*, art. 2103, § 3, n° 4, *Quest.*, tit. 1er, liv. 2, chap. 5, § 11, et par un arrêt de la cour de cass. du 2 avril 1839. La solution admise par Troplong a été consacrée par un nouvel arrêt de la cour royale de Toulouse du 13 janvier 1841.

[4] Art. 89, Cout. de Paris.

et de l'échange, il fait néanmoins une espèce de contrat distinct et séparé, *propriam et distinctam habens naturam* [1]. Or il est certain qu'à la différence de la vente, la soulte de partage ne produit pas d'intérêts de droit. Les intérêts qu'elle engendre ne peuvent être que conventionnels, comme, par exemple, si on donne délai pour payer, avec stipulation d'intérêts. Eh bien! qu'arrive-t-il en ce cas? Quand on présente au conservateur la créance de soulte, avec stipulation d'intérêts jusqu'au payement, on fait inscrire le capital et tous les intérêts jusqu'au payement; car les intérêts font partie de la soulte, et jouissent du même privilége. Mais si à l'échéance le débiteur ne paye pas, le créancier n'a que le droit d'exécuter, ou de former une demande judiciaire pour faire courir de nouveaux intérêts. Ces nouveaux intérêts ne pourront être inscrits que lorsqu'il y aura jugement, et le jugement, n'entraînant qu'une hypothèque générale et pas de privilége, ne donnera rang au créancier que du jour de l'inscription [2].

240 *bis*. J'ai parlé ci-dessus du rang du privilége de copartageant (nos 79, 80, 81). Quant aux formalités d'inscription nécessaires pour la conservation, je m'en occuperai sous l'art. 2109.

§ IV. *Du privilége des architectes, ouvriers*, etc.

241. Par un S. C. [3], fait sous Marc-Aurèle, il fut décidé que lorsqu'une maison était détruite, celui avec l'argent duquel elle était reconstruite, ou qui aurait payé l'entrepreneur de ses deniers, aurait une hypothèque tacite sur elle [4].

Par deux autres lois, on voit que dans le même cas, le créancier avait un privilége personnel *inter chirographarios* [5].

Suivant Cujas, celui qui aurait fait reconstruire la maison, sans l'attache du maître, n'en aurait pas moins eu une hypothèque tacite privilégiée. « Puto etiam eodem S. C. » datam hypothecam tacitam ei qui, cessante domino, domum alienam restituit » vel restauravit, quoniam et huic invenio » ex oratione D. Marci dari privilegium » exactionis inter chirographarios. »

Mais, s'agissait-il d'argent prêté ou payé aux ouvriers pour faire de simples réparations; Cujas ne voulait pas que les créanciers eussent privilége. « Et dicam non dari » tacitam hypothecam ei qui credidit ad do» mum reficiendam, non restituendam; sed » hoc tantum ei dari, ut si de pignore vel » hypotheca convenerit nominatim, in ea » præferatur etiam antiquioribus hypothe» cariis vel chirographariis.... Fecimus igi» tur differentiam inter restituere domum et » reficere, l. 68 et 61, *de leg*. 1° Plus sane » multo *restituere* quam *reficere*, et perpe» ram Bartolus hoc loco restitutionem in» terpretatur refectionem [6]. »

Ce privilége, accordé pour reconstruction d'une maison détruite, était fondé sur la nécessité de faire disparaître les ruines qui donnaient à la ville un aspect hideux, « *ne urbs ruinis deformetur!* » et il est évident que ce motif ne militait pas avec la même force en faveur de simples réparations [7].

Néanmoins, la jurisprudence française, presque toujours dirigée par un sentiment d'équité plus large que le droit romain, préféra par ce motif l'opinion de Bartole, quoique moins conforme aux textes que celle de Cujas. Brodeau rapporte un arrêt du 12 avril 1557 qui accorde un privilége à celui dont les deniers avaient servi à réparer [8], et cela paraît toujours avoir été jugé depuis, sans difficulté.

242. Il est notable que l'hypothèque tacite privilégiée n'avait lieu chez les Romains que pour la reconstruction d'un édifice détruit. On ne l'étendait pas aux autres ouvrages de construction, pas même à la *construction* des vaisseaux; quoique cependant la législation de Rome encourageât d'une manière particulière le commerce maritime [9]. La construction d'un navire ne donnait lieu qu'à un simple privilége personnel [10].

Ces inégalités du droit romain, ces bigar-

[1] *Voy.* aussi Lebrun, *Success.*, liv. 4, chap. 1, n° 34, p. 538.
[2] Mourre, req. à la cour de cassation.
[3] J'ai parlé de ce sénatus-consulte, n° 174.
[4] L. 1, Dig. *in quib. causis pignus tacite.*
[5] L. 1, C. *de cessione bonor.* L. 26, Dig. *de rebus auct.* (Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 563, n° 2; t. 3, p. 186, n° 33.)
[6] *Respons. Papiniani*, lib. 10, sur la loi 1, *in quib. causis.*
[7] Vinnius, *Quæst. selectæ*, lib 2, cap. 4.
[8] Sur Louet, lettre H, somm. 21, n° 3.
[9] Vinnius, *Quæst. selectæ*, lib. 2, cap. 4. *Suprà*, n° 174.
[10] L. 26 et 34, *de privilegiis creditor.* (Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 186, n° 33.)

rares difficiles à expliquer, disparurent dans la jurisprudence française, qui généralisa le principe par le S. C. de Marc-Aurèle. Basnage dit positivement que les ouvriers, travaillant à la construction d'un vaisseau, ont *hypothèque tacite* [1]; et le Code n'a fait que se conformer à ce qui existait avant lui, en accordant privilége (ce qui, dans l'état de choses actuel, équivaut à l'hypothèque privilégiée des Romains), pour tous travaux d'art quelconques [2].

On voit donc que si nous avons puisé dans les lois romaines le principe du privilége dont il s'agit ici, nous l'avons organisé sur des bases beaucoup plus étendues. Du reste, les textes latins ci-dessus cités ne parlent que du prêteur des deniers, ou de celui qui a payé l'ouvrier; mais à combien plus forte raison ne sont-ils pas applicables aux ouvriers eux-mêmes qui réclament leur dû! Le Code a donc, avec juste raison, commencé par établir le privilége à l'égard des ouvriers. Ce n'est que dans le n° 5 qu'il parle de ceux qui ont prêté des deniers pour rembourser les ouvriers.

242 *bis*. Notre article ne donne privilége que pour les travaux d'art qui ont *édifié* des ouvrages, qui les ont *réparés* ou *reconstruits*. Ce qui s'applique à la confection de canaux, à la construction de bâtiments, etc.

Mais, serait-ce étendre la portée de notre article que de le faire profiter aux auteurs de grands travaux d'agriculture, tels que défrichements, plantations de vignes ou de bois?

Tarrible opine pour l'affirmative [3]; et l'on ne peut nier que cette solution ne soit conforme au texte précis de l'art. 2103. Aussi a-t-il fallu que la loi du 16 sept. 1807 (tit. 5, art. 23) intervînt pour accorder privilége pour les travaux de *desséchement*.

La loi du 20 avril 1810 accorde privilége aux travaux pour recherches de mines.

243. Le privilége des ouvriers n'a pas lieu indéfiniment, *sed in quantum res pretiosior facta est*. Telle était la règle dans l'ancienne jurisprudence [4]. Cependant, on faisait une distinction, ainsi qu'on le voit dans Pothier [5] : « Observez une différence entre » celui qui a conservé l'héritage de telle » manière qu'il serait totalement péri sans » le travail qu'il y a fait; tel est celui qui » aurait fait faire une digue, sans laquelle » la rivière aurait emporté tout l'héritage » qui en était voisin; et celui qui a seulement rendu l'héritage meilleur, soit en y » construisant des bâtiments, soit en réparant ceux qui y étaient. Le premier a un » privilége sur le total de l'héritage, ayant » conservé le total au créancier, ayant fait » *ut res esset in bonis debitoris*; mais l'autre » ne doit avoir de privilége que sur la plus » value de l'héritage, car il n'a pas fait *ut* » *res esset in bonis debitoris*, mais seulement » *ut res esset melior*. C'est pourquoi il faut » faire une ventilation du prix de l'adjudication, lui donner privilége seulement sur » ce qu'on estimera que l'héritage aura été » plus vendu, qu'il ne l'aurait été sans la » dépense qu'il y a faite de ses deniers, et » distribuer le surplus, sans avoir égard à » son privilége [6]. »

Mais cette distinction est-elle admissible depuis le Code civil? ou bien notre article embrasse-t-il dans sa généralité tous les travaux quelconques, même les plus nécessaires, et réduit-il toujours le privilége à la plus value? Grenier adopte l'affirmative (t. 2, n° 411). Cette opinion semble se fortifier de l'art. 2175 du Code civil. (V. n° 838, *infra*.)

Au contraire, un arrêt de cassation du 11 novembre 1824 a décidé la question dans le même sens que Pothier [7], et Persil et Dalloz estiment que la doctrine de ce jurisconsulte doit prévaloir sous le Code civil.

Je serais enclin à adopter ce dernier parti, si le texte de notre article n'y faisait pas obstacle. Il parle en effet des *réparations*, sans distinguer si elles sont des réparations de conservation ou de simple amélioration, si

---

[1] Chap. 14, p. 63.

[2] Le privilége a lieu dans le cas de nouveaux édifices, aussi bien que pour le cas de reconstruction et réparations de bâtiments. (Bordeaux, 26 mars 1834.)

[3] *Répert.*, v° *Privilége*, sect. 4, § 4. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 52, n° 29.

[4] *Supra*, n° 80 *bis*. (Brodeau sur Louet, lettre H, t. 21, n° 5. Basnage, *Hyp.*, chap. 14. Mornac, sur les lois 5 et 6, *qui potior*.) L'art. 12 de la loi de brumaire an 7 porte : « Il y a aussi privilége en faveur des ouvriers et de leurs » cessionnaires, mais seulement jusqu'à concurrence de » la plus value existante au moment de l'aliénation d'un » immeuble, quand cette plus value a pour origine les » constructions, réparations et *autres impenses* que les » ouvriers y auraient faites, etc. »

[5] Pothier, *Procéd. civile*, part. 4, chap. 2, tit. 7. *Voy.* aussi *supra*, n° 80 *bis*.

[6] Il paraît que ce passage de Pothier a échappé à Grenier; sans cela il l'aurait cité de préférence à celui qu'il a puisé dans l'introduction au tit. 20, n° 38 de la coutume d'Orléans. (*Hyp.*, t. 2, n° 411.)

[7] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 60 et 53, n° 54.

elles sont *nécessaires* ou simplement *utiles*, et il les soumet toutes à cette disposition générale que *le privilége se réduit à la plus value*. Si l'on insiste, avec la cour de cassation, pour dire que l'art. 2103 n'est pas applicable aux travaux *nécessaires* et qu'il ne concerne que les travaux d'amélioration *volontaire*, je demanderai quel sera, en l'absence de l'art. 2103, celui sur lequel on se fondera pour réclamer le privilége dont on parle en faveur des travaux nécessaires. Comment ne voit-on pas que l'art. 2103 étant le seul sur la matière, il faut l'accepter avec sa limitation ou renoncer à tout privilége? Notre interprétation se fortifie du rapprochement de notre article avec l'article 12 de la loi de brumaire an 7.

244. Cette plus value est, d'après notre article, celle qui existe à l'époque de l'aliénation de l'immeuble faite par l'acquéreur propriétaire de cet immeuble. Elle se fait, comme le dit Pothier, au moyen d'une ventilation du prix porté dans le contrat de vente ou dans l'adjudication. On compare la valeur au moment de la vente ou de l'adjudication avec la valeur qu'avait l'immeuble au moment où les travaux ont été faits (*supra*, n° 174).

Dans tous les cas, et quels que soient les déboursés, le privilége ne peut excéder les valeurs constatées par le procès-verbal de réception des travaux dont je vais parler tout à l'heure. Il résulte de cette restriction du privilége *à la plus value*, que le droit des ouvriers est souvent mal assuré, comme dit Basnage (chap. 14), et qu'ils sont exposés à voir une partie de leur dû tomber dans la classe des créances chirographaires [1]. Il arrive presque toujours que la dépense de réparation est plus forte que l'amélioration ou plus value qui en résulte [2].

245. Pour prévenir les fraudes, il était nécessaire, dans l'intérêt des tiers, de prendre des précautions pour que la valeur des travaux fût invariablement déterminée. Aussi le privilége des ouvriers est-il subordonné aux conditions suivantes :

D'abord, un expert nommé *d'office* [3] par le tribunal de première instances, dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, doit dresser *préalablement* un procès-verbal constatant l'état des lieux, relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire [4].

Lorsque les ouvrages sont terminés, un expert nommé *d'office* [5] de la même manière doit en faire la réception *dans les six mois au plus de leur perfection*, et en dresser un procès-verbal.

Sans l'accomplissement de ces formalités, qui rarement du reste sont mises en usage, du moins dans les provinces, les ouvriers sont réduits à la condition de créanciers chirographaires.

246. Que doit-on décider à l'égard des intérêts qui peuvent être dus aux ouvriers?

Ces intérêts ne sont pas dus de plein droit. Ils ne peuvent être dus qu'en vertu

---

[1] D'Héricourt, *Vente des immeubles*, chap. 11, sect. 1, n° 7.

[2] *Infra*, n° 837. Loyseau, *Déguerp.*, liv. 6, chap. 9, n° 15.

[3] Pourquoi d'office? Afin de prévenir les fraudes dont pourraient être victimes les créanciers qui ne sont pas appelés à la confection des procès-verbaux. (Delvincourt, t. 3, p. 286, n° 7, notes.)

[4] Un arrêt de Bordeaux du 2 mai 1826 a décidé que l'on pouvait tenir compte d'un procès-verbal d'état des lieux dressé *depuis* le commencement des travaux. (Grenier, n° 411. *Voy.* ci-dessus, n° 80.)

Mais il ne faut suivre un tel errement qu'autant que les lieux n'auraient pas encore été changés par les travaux commencés, et que la description de leur état ne souffrirait pas de difficulté; sinon les estimations de l'expert manqueraient de base fixe.

Dans l'espèce de l'arrêt de Bordeaux, l'expert avait procédé suivant les renseignements que les parties elles-mêmes avaient été d'accord pour lui donner. On sent toute la faveur de ces cas, et je ne saurais, par conséquent, m'associer à la critique que A. D. a faite de cette décision dans le journal de Dalloz.

C'est parce qu'une circonstance aussi décisive ne se rencontrait pas que la cour de Paris a eu raison d'appliquer à la lettre l'art. 2103 par arrêt du 6 mars 1834. Elle a pensé que l'état des lieux doit rigoureusement précéder tous les travaux. Néanmoins, par une équitable interprétation, il lui a semblé que le constructeur est priviligié pour les travaux faits postérieurement à la constatation juridique des lieux. Ce tempérament sera approuvé par tous les jurisconsultes. — Décidé toutefois que le procès-verbal constatant l'état des lieux que, aux termes de l'art. 2103, n° 4, doivent faire dresser les architectes ou constructeurs qui veulent acquérir un privilége sur la plus value que les travaux de construction ou de réparation sont de nature à procurer à l'immeuble, ne conserve le privilége qu'autant qu'il est dressé *préalablement* à tous travaux; alors du moins que les travaux de démolition et de construction antérieurs au procès-verbal empêchent qu'on ne puisse reconnaître la valeur de l'immeuble avant tous travaux.

Dans ce cas, le constructeur ne peut prétendre un privilége même sur la plus value résultant des travaux postérieurs au procès-verbal. Et il doit en être ainsi, alors surtout que les travaux qui, avant le procès-verbal, ont changé l'état des lieux, ont été faits par celui-là même qui réclame un privilége sur la plus value résultant des travaux postérieurs, et qui ainsi a par son fait rendu impossible la vérification de la valeur primitive de l'immeuble. (Rejet, 20 nov. 1839. Sirey, t. 39, 1re part., p. 903.)

[5] *Voy.* la note 3, ci-contre.

d'un jugement; et alors ils ont une hypothèque judiciaire, et ne prennent rang que du jour de l'inscription. Quant aux intérêts qui seraient stipulés dans la convention, ils ne peuvent jamais avoir de privilége. Car la loi ne donne de privilége que pour la valeur des travaux pris en eux-mêmes, sans qu'ils puissent excéder la plus value, et pour ce qui est *impense* [1].

246 *bis*. Le privilége du constructeur ne peut pas dépasser la *plus value*, venons-nous de dire.

Mais il pourrait arriver que ce qui lui est dû ne fût pas d'une valeur égale à cette plus value. Il ne pourrait alors se payer sur elle que jusqu'à concurrence de son dû; car il serait injuste qu'il l'absorbât tout entière, s'il n'était pas créancier d'une somme égale. L'indication de la *plus value* figure dans notre article comme un maximum qu'il ne faut jamais dépasser. Mais ce n'est pas une quotité fixe, invariablement due au constructeur. Je reviens sur ceci n° 837.

247. Je renvoie au n° 80 pour ce qui concerne le rang des ouvriers pour travaux d'art, et pour l'examen des difficultés qui peuvent se rattacher à cette matière. Quant à l'inscription du privilége, voyez art. 2110.

§ V. *Du privilége des prêteurs de deniers pour réparations.*

248. Comme on l'a vu aux n°s 231 et suivants, ceux qui ont prêté des deniers pour payer et rembourser les ouvriers, jouissent du même privilége.

Mais afin d'éviter les surprises à l'égard des tiers, la destination doit être constatée par acte public, et l'emploi doit être justifié par la quittance des ouvriers, ainsi qu'on la vu pour l'acquisition d'un immeuble (n°s 227 et suiv.) [2].

C'est aussi ce qui était requis dans l'ancienne jurisprudence, comme l'atteste Mornac [3] : « Ut commonstret insumptas revera » fuisse suas pecunias in constructum ædi- » ficium, numerare debet nummos archi- » tecto, operariis, latomis, tectoribus, » fabrisque, apochasque a singulis accipere. » Cautio ista tuta est adeo, et vulgata Lute- » tianis tabellionibus, ut fere in stylum » transierit; ubi instrumenta hujus modi » conscribenda sunt [4]. »

SECTION III.

DES PRIVILÉGES QUI S'ÉTENDENT SUR LES MEUBLES ET SUR LES IMMEUBLES.

ARTICLE 2104.

Les priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles sont ceux énoncés en l'art. 2101.

SOMMAIRE.

249. Énumération des priviléges sur les meubles et sur les immeubles dont parle le Code civil.
250. Autres réglés par des lois spéciales.
251. Pour agir sur les immeubles, il faut qu'il n'y ait pas de mobilier.
251 *bis*. Du cas où le privilégié a négligé d'agir sur les meubles et les a laissé absorber par d'autres créanciers.

---

[1] Sens de ce mot, n° 837.

[2] L'usufruitier qui a payé les frais de grosses réparations faites à l'immeuble dont il a la jouissance, après en avoir fait constater la nécessité avec le propriétaire, a un privilége pour le remboursement de ses avances. (Amiens, 23 fév. 1824. Dalloz, t. 17, p. 63. Sirey, t. 22, p. 114. Rejet, 30 juillet 1827.)

[3] Sur les l. 5 et 6, *qui potior*.

[4] Grenier, t. 2, n° 409. *Infra*, n° 556.

249. Les priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles, sont :

1° Les frais de justice;

2° Les frais funéraires;

3° Les frais de dernière maladie;

4° Les salaires des gens de service;

5° Les fournitures de subsistances.

Ces créances sont tellement favorables, que la loi a cru devoir en assurer le recouvrement en leur affectant la généralité des meubles et des immeubles.

250. Il est encore des priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles. Ils appartiennent au trésor, et sont réglés par des lois particulières. J'en ai parlé ci-dessus (n°s 92, 93 *bis*, 94 *ter*).

251. Les priviléges dont il vient d'être question ne peuvent avoir d'action sur les immeubles qu'autant que le mobilier est épuisé. C'est ce que l'on verra par le texte de l'article suivant [1].

Il est censé n'y avoir plus de mobilier, lorsqu'il ne reste plus au débiteur que les meubles que la loi déclare insaisissables. On peut consulter l'art. 592 du Code de procédure.

Si toutefois les créanciers se présentaient pour être payés sur les immeubles, sans avoir discuté le mobilier, on pourrait les colloquer *éventuellement* pour le montant de leurs créances, à charge par eux de mettre fin à leur action sur les meubles dans un délai déterminé, et sauf la réduction de la collocation à ce qui serait dû [2]. Par cette mesure, tous les intérêts se trouvent protégés, et l'on empêche que, sous prétexte de la discussion préalable d'un mobilier souvent insuffisant, le créancier ne laisse échapper l'occasion de se faire payer sur l'ordre qui est ouvert.

251 *bis*. Lorsqu'il existe un mobilier plus que suffisant, et que le créancier privilégié sur les meubles et sur les immeubles a négligé de se faire colloquer sur le prix de ce mobilier, il est non-recevable à se faire colloquer sur les immeubles. Il doit s'imputer d'avoir laissé échapper le gage que la loi lui assignait en premier rang, et sa négligence à faire valoir ses droits ne doit pas préjudicier aux créanciers privilégiés sur les immeubles. Telle est l'opinion de tous les auteurs [3].

ARTICLE 2105.

Lorsqu'à défaut de mobilier les privilégiés énoncés en l'article précédent se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, les payements se font dans l'ordre qui suit :

1° Les frais de justice et autres énoncés en l'art. 2101;

2° Les créances désignées en l'art. 2103.

SOMMAIRE.

252. Transition.

253. Rang des priviléges généraux sur les immeubles avec les priviléges spéciaux. Renvoi.

COMMENTAIRE.

252. Il est donc certain, par les termes de notre article, que les priviléges sur les meubles et sur les immeubles ne doivent et ne peuvent se présenter sur les immeubles qu'à défaut de mobilier (*supra*, n°s 251 et 251 *bis*).

J'ai prouvé, n° 94 *ter*, que cette règle s'applique au privilége général du trésor

---

[1] Arrêt de Bruxelles du 21 août 1810. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 32.

[2] Arrêt d'Amiens du 24 avril 1822.

[3] Grenier, t. 2, n° 371. Persil, art. 2104, n° 3. Delvincourt, t. 3, p. 371, notes. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 26, n° 21.

aussi bien qu'aux priviléges énumérés dans l'art. 2101.

253. Notre article détermine le rang entre les priviléges sur les meubles et sur les immeubles, et les priviléges spéciaux sur les immeubles. Je n'ai rien à ajouter à ce que j'ai dit ci-dessus à cet égard (nº 82).

APPENDICE AUX TROIS SECTIONS PRÉCÉDENTES.

DU DROIT DE RÉTENTION.

254. Avant de m'occuper de la manière dont se conservent les priviléges, je crois utile de parler, aussi sommairement que possible, du droit de rétention accordé, dans certains cas, au détenteur d'un immeuble ou d'un meuble, et qui lui procure un bénéfice semblable, sous beaucoup de points, au privilége, quoiqu'il n'en porte pas le nom.

SOMMAIRE.

255. Définition du droit de rétention. Il a lieu sur meubles et immeubles.
256. Du droit de rétention du gagiste. Lui donne-t-il préférence sur tous les créanciers privilégiés?
257. Du droit de rétention accordé au dépositaire.
257 *bis*. L'ouvrier qui a amélioré une chose a aussi droit de rétention.
258. Tous ceux qui détiennent les immeubles d'autrui n'ont pas, de droit, la faculté de les *retenir*.
258 *bis*. C'est ainsi que le commodataire ne peut *retenir* la chose prêtée.
259. Le droit de rétention se perd lorsqu'on perd la possession. Examen de quelques arrêts sur l'*étendue* du droit de rétention, quand une portion de la chose a été remise.
260. A l'égard des *immeubles*, le détenteur qui a fait des améliorations, a droit de rétention à l'égard du propriétaire. Mais le tiers détenteur ne peut opposer ce droit au créancier hypothécaire qui veut l'obliger à délaisser. Renvoi. Dissentiment avec Tarrible.
261. De l'acquéreur à pacte de réméré.
262. Du fermier à qui il est dû une indemnité pour résiliation du bail.
263. Le droit de rétention sur les immeubles se perd par la remise volontaire de la chose.
264. Cas énumérés par Voet, où il y a lieu au droit de rétention sur les meubles et immeubles.

COMMENTAIRE.

255. Le droit de rétention est un droit que la loi ou la convention donne à un créancier saisi d'un meuble ou d'un immeuble, pour le retenir jusqu'au payement de ce qui lui est dû.

Il s'exerce sur les meubles et sur les immeubles.

256. L'art. 2082 du Code civil attribue ce droit de rétention au gagiste. « Le débiteur » ne peut, à moins que le détenteur du » gage n'en abuse, en réclamer la restitu» tion, qu'après avoir entièrement payé, » tant en principal qu'en intérêts et frais, » la dette pour la sûreté de laquelle le gage » a été donné.

» S'il existait de la part du même débi» teur, envers le même créancier, une autre » dette contractée *postérieurement* à la mise » en gage, et devenue exigible *avant le* » *payement* de la première dette, le créan» cier ne pourra être tenu de se dessaisir » du gage, avant d'être payé de l'une et de » l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait » eu aucune stipulation pour affecter le » gage au payement de la seconde. »

Ainsi le gagiste a le droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit entièrement payé de la dette pour laquelle le gage a été donné.

Il l'a aussi pour toute autre dette contractée après la mise en gage, quoique la chose donnée en nantissement ne fût pas affectée à cette seconde créance par la stipulation.

Cette dernière disposition de l'art. 2082 du Code civil est tirée de la loi unique au Code *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*. Pérézius s'en exprime en ces termes : « In secunda autem legis parte, » dicitur debitorem qui eidem creditori

» aliam pecuniam debet sub pignore, aliam » sine pignore, solo videlicet chirographo, » pignoratitia actione agentem, exceptione » doli mali repelli posse, nisi utramque » pecuniam reddat vel offerat. Non movet » quod pignus liberetur solutione ejus pe- » cuniæ pro qua obligatum est; quia hujus » decisionis ratio est, quod debitor improbe » facere videatur non solvendo quod se » debere fatetur, et animum satis improbum » et malitiosum declarat, seque debitum » hypothecarium, imo neutrum esse solu- » turum, nisi metueret frustrari suo pig- » nore [1]. »

On s'est prévalu de ce droit de rétention pour prétendre que le gagiste devait primer tous les créanciers privilégiés quelconques, même ceux pour frais funéraires et de dernière maladie. J'ai eu occasion de dire (*supra*, nos 74 et 169) combien cette doctrine me paraissait peu fondée [2]. Le droit de rétention est bon à opposer au débiteur. C'est une exception proposée contre ce dernier, à l'effet de se mettre à l'abri de sa mauvaise foi. « Jus retentionis, dit très-bien » Lerminier [3], non a possessione pendet. » Revera nihil aliud est quam exceptio doli » quædam. » Mais lorsqu'il s'agit de créanciers, qui ont aussi privilége sur l'objet mis en gage, les choses ne sont plus les mêmes; on ne peut plus leur reprocher de mauvaise foi et de dol, et sous ce rapport ils sont de condition beaucoup meilleure que le débiteur. Il s'agit donc de peser la cause de leur privilége, et si elle est préférable à la cause du gagiste, comme on ne peut le nier à l'égard des frais de justice, de dernière maladie et des salaires des gens de service, etc., ce droit de rétention ne peut être opposé.

257. Le dépositaire a aussi le droit de retenir la chose à lui confiée, jusqu'à ce qu'il soit payé les dépenses qu'il a faites à raison de ce dépôt [4].

Ces dépenses sont assez souvent des frais faits pour la conservation de la chose; d'où il suit qu'outre le droit de rétention, le dépositaire a un privilége, conformément à l'art. 2102, n° 3, du Code civil.

Mais si le dépositaire n'est créancier que pour pertes à lui occasionnées par le dépôt, il n'a que le droit de rétention, sans privilége proprement dit.

Du reste, le droit de rétention ne peut faire obstacle à l'exercice des priviléges *généraux*, ainsi que je l'ai dit au numéro précédent.

257 *bis*. Les ouvriers qui ont amélioré une chose par leurs travaux, ont aussi un droit de rétention. C'est ce qui résulte de textes décisifs que j'ai rappelés dans une autre occasion (n° 176; *infra*, n° 264).

258. Au surplus, il ne faut pas croire que dans tous les cas où un créancier détient un meuble appartenant à son débiteur, il ait le droit de le retenir pour se faire payer. Il faut nécessairement qu'il le détienne ou à titre de gage ou à titre de dépôt, ou qu'il y ait fait des améliorations, ou que la loi ou une convention lui permette expressément de le retenir. Dans toutes les autres circonstances, les principes s'opposent à l'exercice du droit de rétention; car le créancier ne peut pas retenir *de droit* une chose qui ne lui est pas obligée spécialement. Il ne peut, sans convention ou sans le secours d'une loi expresse, s'arroger sur elle un droit réel. C'est ce que prouve fort bien le président Favre dans son traité *De erroribus pragmaticorum* [5], et c'est ce qui a été jugé par le sénat de Savoie, au rapport du même auteur [6].

258 *bis*. C'est pour cela que le commodataire ne peut retenir, sous prétexte d'une dette contractée envers lui par le prêteur, la chose qui lui a été prêtée [7].

Le commodataire ne pourrait prétendre au droit de rétention que pour impenses faites pour amélioration ou conservation de la chose prêtée [8]. Je dois dire cependant que Voet [9] décide qu'il est contre la justice d'accorder ici la rétention, parce que ce serait mal récompenser la générosité du prêteur. Mais cette raison ne me paraît pas

[1] *Voy.* aussi Dumoulin, *ad consuet.* Paris, t. 1, § 1, glose 9, n° 35; et Favre, *Code*, lib. 8, tit. 16, définit. 1 et suiv. Le passage de Pérézius cité se trouve dans son *Code*, lib. 8, tit. 27, n° 2.

[2] *Voy.* note sur le n° 169 *bis*.

[3] Dans son exposition de la doctrine de Savigny, sur la possession. Ce petit écrit est intitulé : *De possessione analytica Savignaneæ doctrinæ expositio*, p. 7, n° 6.

[4] Art. 1967 du Code civil. Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 1, cap. 5. *Supra*, n° 172.

[5] Error. 3. Decad. 55.

[6] En son *Code*, lib. 8.

[7] Art. 1885 du Code civil, et l. dern. C. *commodati*.

[8] L. 15, § dernier, *de furtis*, au Dig. L. 59, *de furtis*, au Dig. Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 1, cap. 5. Pothier, *Contrat de prêt*, nos 43 et 80. Toullier, t. 7, n° 384.

[9] *Ad Pand. commod.*, n° 20.

suffisante pour faire fléchir les principes.

359. Le droit de rétention se perd avec la possession. Il ne reste plus au créancier qu'une action personnelle, qu'il peut exercer pour avoir ce qui lui est dû.

Il arrive souvent qu'un ouvrier est chargé par un fabricant de travaux d'amélioration, comme, par exemple, de teindre les laines et qu'au fur et à mesure des remises que fait l'ouvrier des objets composant chaque lot d'envoi, il retient par devers lui une partie de ces objets présumée suffisante pour lui servir de garantie [1].

Dans ce cas, chaque portion retenue répond pour la totalité du travail exécuté sur chaque lot. C'est ce qui a été jugé dans différentes circonstances par la cour de Rouen [2]. Mais remarquez qu'il faudrait qu'il fût bien constant, que la retenue a été réellement opérée sur chaque livraison, au fur et à mesure que l'ouvrier remettait au fabricant la marchandise sur laquelle il a opéré. Car, si l'on pouvait soupçonner que l'ouvrier n'a fait de retenue que sur les derniers envois, afin de se ménager un moyen détourné de se payer de ses travaux sur les matières précédemment ouvrées par lui et remises *en totalité* au fabricant, on ne permettrait pas que le droit de rétention prît cette latitude illégale [3]. Quand un ouvrier se dessaisit de ce qui pouvait faire son gage, et qu'il suit la foi du fabricant, il n'est plus en son pouvoir de se créer, *ex post facto* et sans convention, un droit réel sur des objets qui, par leur destination, ne sont pas appelés à répondre de ce qui peut être dû antérieurement pour d'autres causes. L'article 2082 du Code civil fournit ici un argument décisif.

Maintenant faisons une autre supposition, admettons que l'ouvrier ait fait des retenues successives, chaque fois qu'il remettait la matière ouvrée au fabricant, mais que, par exemple, la retenue faite sur la première livraison ne soit pas suffisante pour payer le travail dont elle a été l'objet; l'ouvrier sera-t-il autorisé à se faire payer du déficit par la retenue faite sur le second envoi? ou bien la somme faisant déficit ne sera-t-elle qu'une créance chirographaire?

Un considérant d'un arrêt de la cour de Rouen, du 25 février 1829, semblerait faire entendre que la créance n'est que chirographaire, tandis qu'un autre arrêt de la même cour, du 1er mars 1827, paraît avoir admis que toutes les retenues prises en bloc répondent solidairement de tout ce qui est dû, sans distinction de tel ou tel envoi [4].

A moins de circonstances particulières, je crois que la première opinion est préférable. Le gage que l'ouvrier s'est donné, en faisant une retenue sur le second envoi, ne peut servir de garantie à une créance existant *antérieurement*. L'art. 2082 est formel, et d'ailleurs l'art. 570 du Code civil, qu'il faut toujours consulter comme argument puissant en cette matière, ne donne à l'ouvrier le droit de rétention, que pour prix du travail opéré sur la chose retenue, et non pour main-d'œuvre effectuée sur un autre objet.

260. A l'égard des immeubles, Tarrible pense que le droit de rétention a lieu en faveur du tiers possesseur, qui est obligé de délaisser la chose sur laquelle il a fait, de bonne foi, d'utiles améliorations. Telle est la décision formelle de la loi 29, § 2, D. *de pignorib. et hypothec.* « Sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumptus, in extructione erogatos, quatenus pretiosior res facta sit, reciperent [5]. » Suivant Tarrible, cette loi n'est pas en discordance avec les art. 555 et 2175 du Code civil; elle rentre, au contraire, dans leur système et doit être suivie [6].

Mais cette opinion n'est pas vraie dans toute sa latitude : je prouverai, au n° 836, qu'elle ne peut s'étendre au tiers détenteur actionné par un créancier hypothécaire en délaissement; et que, d'après Loyseau et Pothier, la loi 29, § 2, D. *de pignorib.* n'est pas admise dans notre jurisprudence française.

Toutefois il y a d'autres cas où le droit de rétention est admis; c'est lorsque le *pro-*

---

[1] *Voy.* arrêts de Rouen, 1er mars 1827, et 17 décembre 1828.

[2] *Voy.* arrêts de Rouen des 17 déc. 1828 et 25 février 1829; autre, 1er mars 1827. *Supra*, nos 176, 177, 178.

[3] Arg. d'un arrêt d'Angers du 6 juillet 1826, *supra*, n° 178.

[4] C'est du moins ce qui me paraît implicitement résulter des faits comparés avec la décision.

[5] Joignez la loi 33. Dig. *de condict. indeb.* (Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 378, n° 6. Inst. *de rer. divis.*, § 30. Voet, *ad Pand.*, *de rei vindicat.*, def. 15.)

[6] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, p. 32.

priétaire veut reprendre sa chose sur un possesseur de bonne foi qui l'a améliorée. Il doit préalablement lui payer ses impenses : sans quoi le possesseur usera contre lui du droit de rétention [1]. C'est ce qu'on va voir se développer dans les numéros suivants.

261. L'acquéreur à pacte de réméré jouit, pour ses améliorations, du même droit de rétention que le possesseur de bonne foi [2], dont il vient d'être question.

Bien plus, le vendeur ne peut entrer en possession qu'en payant le prix de la vente, les frais et loyaux coûts.

Que devrait-on décider si un créancier hypothécaire se présentait pour déposséder l'acquéreur à réméré? devrait-il rendre le prix principal de la vente et les loyaux coûts? Sans quoi l'acquéreur aurait-il le droit de prétention?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer entre les créanciers ayant hypothèque ou privilége avant la vente à faculté de rachat, et ceux qui ne sont devenus créanciers que postérieurement au contrat de vente.

Les créanciers antérieurs au contrat de vente ont droit de suivre l'immeuble qui leur est affecté, en quelques mains qu'il se trouve, et la loi ne les oblige à autre chose qu'à tenir compte des améliorations faites par celui qu'ils dépossèdent [3]. Ils ne sont donc pas astreints à payer à l'acquéreur à pacte de rachat, le prix de vente et les loyaux coûts.

Mais à l'égard de ceux qui ne sont devenus créanciers qu'après la vente à réméré, il en est autrement. Leur droit est subordonné à la condition que la chose sera rachetée, et rentrera par ce moyen dans le domaine de leur débiteur. Donc s'ils veulent exercer le droit de suite, il faut qu'ils rachètent comme l'aurait fait le vendeur. Ils doivent donc payer le prix de vente et les loyaux coûts, sans cela l'acquéreur sera fondé à exercer à leur égard le droit de rétention.

262. D'après l'art. 749 du Code civil, le fermier à qui il est dû une indemnité pour la résiliation de son bail, a droit de retenir les biens affermés, jusqu'au payement de cette indemnité.

Tarrible pense qu'il aurait incontestablement la faculté de retenir l'immeuble, contre les créanciers du bailleur qui voudraient le déposséder pour faire vendre le fonds, ou contre l'adjudicataire, sans distinguer si le cahier des charges qui précède l'adjudication contient ou non celle de payer cette indemnité [4]. Cette opinion est fondée sur l'art. 1749 du Code civil. On en donne pour raison que la vente de l'immeuble hypothéqué n'empêche pas le bail de subsister. Si l'acheteur veut se prévaloir de la convention portant que ce bail sera résilié pour une indemnité, il faut qu'il l'exécute, et qu'il paye cette indemnité.

263. Le droit de rétention sur les immeubles se perd, comme le droit de rétention sur les meubles, par la remise qu'en fait le possesseur [5]. Ainsi, si le créancier pour impenses rendait l'immeuble au propriétaire, sans exiger son indemnité, il ne lui resterait plus qu'une action personnelle non privilégiée [6]. Les Romains donnaient dans ce cas, la condition appelée *indebiti*, au moyen de laquelle le tiers détenteur répétait ses impenses.

On a soutenu, en ce qui concerne l'acquéreur à pacte de rachat, que du moins il lui restait un privilége semblable à celui du vendeur, parce qu'il n'était lui-même qu'un vendeur non payé; mais j'ai montré ci-dessus que cette opinion ne pouvait qu'être taxée d'erreur, n° 214.

264. Je termine ce sujet par le passage suivant, dans lequel Voet énumère quelques-uns des cas principaux où il y a lieu à rétention sur les *meubles* et sur les *immeubles*. « Nauta merces pro contributione propter jactum retinet; et venditor, donec venditæ rei pretium solutum fuerit; et uxor res mariti, donec dos et reliqua mulieris bona restituantur; et institor merces sibi à præponente commissas, donec sibi solutum sit quod præponens debet; præcipue retentioni locus est ob id quod occasione rei retentæ debetur, veluti ob impensas in eam factas, aut opificia, vel

[1] Ord. de 1667, tit. 27, art. 9. Tarrible, *Rép.*, *loc. cit.*

[2] Art. 1673 du Code civil. Favre, *Code*, lib. 8, tit. 16, def. 4. Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*.

[3] Art. 2175 du Code civil. Notez bien, d'après ce que j'ai dit ci-dessus, n° 260, que, même pour ces améliorations, le tiers détenteur n'aurait pas le droit de rétention.

[4] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*.

[5] L. 21 et 68, § 1, Dig. *ad S. C. Trebell.* Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 538, n° 68.

[6] L. 40, § 1, Dig. *condict. indeb.* L. 60, Dig. *de leg.* 1° Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 372, n° 24, et p. 378, note *t*. T. 2, p. 338, n° 327.

» artificia, circa eam præstita; qua ratione » fullones, sartores, bonæ vel malæ fidei » possessores, panni, vestis retentione sibi » consulunt, pro mercede vel impendiis fac» tis obtinendis; uti et magistri navium ha» bent jus retinendi merces pro naulo [1]. »

Ailleurs le même auteur ajoute que l'architecte a le droit de rétention sur la chose par lui construite ou réparée [2].

SECTION IV.

COMMENT SE CONSERVENT LES PRIVILÉGES.

ARTICLE 2106.

Entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles, qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques de la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent.

SOMMAIRE.

264 *bis*. Du système de publicité admis par le Code civil. Ses imperfections.

265. Motif de la publicité des priviléges et de leur inscription.

266. Ce n'est pas l'inscription qui fait le privilége. Elle ne fait que lui donner les moyens de se mettre en action.

266 *bis*. Mais le privilége ne prend pas rang du jour de son inscription. Vice de rédaction de notre article.

267. Par le Code civil il y a beaucoup de cas où l'inscription du privilége se trouvant retardée d'après une concession de la loi, les tiers créanciers ont dû en ignorer l'existence; et cependant, s'il n'est pas inscrit en temps utile, ils peuvent s'en faire un moyen, quoique cela ne leur ait pas préjudicié.

268. Les créanciers chirographaires peuvent-ils se plaindre du défaut d'inscription du privilége? Résolution affirmative.

269. Les priviléges sur les meubles ne sont pas soumis à l'inscription, ni ceux sur les meubles et les immeubles.

270. Vice résultant du défaut d'uniformité sur les délais pour inscrire les priviléges.

271. Où se fait l'inscription. Renvoi.

COMMENTAIRE.

264 *bis*. Cet article du Code civil est le premier qui se présente à nous sur le système de publicité qui fait la base du régime hypothécaire; système avantageux sous tous les rapports, parce qu'il est fondé sur la bonne foi qui doit présider aux transactions, mais imparfait à beaucoup d'égards, et qui, n'assurant pas aux tiers une connaissance complète de la situation de celui avec qui ils veulent contracter, est bien souvent un piége, au lieu d'offrir une garantie. Aussi presque tous les bons esprits s'accordent-ils à reconnaître que le Code civil est, sur ce point important, susceptible de recevoir de nombreuses rectifications. On a vu, dans la préface de cet ouvrage, quels sont les vices et les lacunes qu'on peut avec raison lui reprocher [3].

265. Les priviléges produisant une affectation réelle sur la chose, et donnant aux créanciers le droit de la poursuivre entre les mains des tiers, on a jugé utile de les

---

[1] *Ad Pand.*, *de compens.*, n° 20.

[2] *Loc. conducti*, n° 40.

[3] *Voy.* n°s 267, 270, et comm. sur l'art. 2134.

soumettre à la publicité; on est parti de cette idée, que l'immeuble doit annoncer tout ce qui le grève, et que l'acquéreur serait trompé s'il ignorait les chances d'éviction auxquelles il est soumis, ainsi que les charges qui sont assises sur l'immeuble qu'il a acheté et dont il peut avoir intérêt à le purger. De là, la formalité de l'inscription exigée par l'art. 2106.

Ici plusieurs réflexions se présentent à l'esprit.

266. D'abord ce n'est pas l'inscription qui fait le privilége; car, comme on l'a vu ci-dessus, il dérive de la qualité de la créance [1]. L'inscription n'est qu'une formalité extrinsèque, une sorte de complément pour assurer entre créanciers l'efficacité du privilége; le privilége a son fondement et son existence dans la nature même de la convention. Mais cette existence est condamnée à l'inertie, tant que la publicité ne vient pas lui donner le mouvement et la faculté d'agir au dehors. Ce n'est donc que par l'inscription que le privilége peut se mettre en action.

266 *bis*. Mais aussitôt qu'il est inscrit, il entre dans la plénitude de ses prérogatives, et l'on sait que l'une des plus importantes et des plus précieuses, est de primer les hypothèques (art. 2095); d'où l'on est forcé de conclure que ce n'est pas par la date de l'inscription que se règle le rang de la créance privilégiée. Sans cela, on la réduirait à la condition d'une simple hypothèque; et le législateur qui a prescrit l'inscription, positivement pour consolider l'effet du privilége, aurait agi dans un sens contraire à ses propres intentions, et lui aurait par cela même ôté tout son effet, qui est de primer toutes les créances hypothécaires, quelle que soit l'époque de leurs inscriptions [2].

On ne peut s'empêcher néanmoins de reconnaître que notre article est rédigé, sur ce point, d'une manière tout à fait équivoque, et même vicieuse; car il semblerait amener à ce résultat, que c'est de la date de l'inscription que dépend l'effet du privilége. On y lit, en effet, que les priviléges sur les immeubles ne produisent d'effet qu'autant qu'ils sont inscrits, *et à compter de la date de cette inscription*. Si l'on voulait prendre ces dernières expressions au pied de la lettre, on voit à quelles inconséquences elles conduiraient : c'est donc ici le cas où l'on peut dire que la lettre tue et que l'esprit vivifie. Le législateur a voulu seulement exprimer que c'est du moment de l'inscription du privilége, qu'il reçoit la faculté de se produire contre les tiers. Mais que le privilége ne puisse prendre rang qu'à compter de la date de son inscription, c'est ce qui n'a jamais été dans la pensée d'aucun de ceux qui ont rédigé la loi, c'est ce qui répugne à la nature même du privilége et au but de l'inscription qui est requise pour donner à ce droit la force effective dont il est susceptible, et non pas pour la détruire.

C'est ainsi du reste, que notre article est entendu par Tarrible et Grenier [3], et par tous les auteurs [4]. C'est aussi dans ce sens qu'il a été interprété par un arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 1813. « Considérant que, s'il est dit dans l'art. 2106 » que les priviléges ne produisent d'effet, à » l'égard des immeubles, que par l'inscrip- » tion, *et à compter de la date de cette in- » scription*, il ne faut pas en conclure que » le privilége du vendeur puisse être primé » par des hypothèques simples, antérieure- » ment inscrites; qu'il résulte seulement de » cet article, que le privilége ne produit » pas d'effet tant qu'il n'est pas inscrit, mais

[1] La cour de cassation de Bruxelles a aussi, plusieurs fois, consacré ces principes, entre autres, dans un arrêt du 16 mars 1835, rapporté au t. 3 du bulletin de ses arrêts, p. 329. « Attendu, y est-il dit, que le privilége est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier, d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires. Attendu que l'inscription du privilége du vendeur n'a pas pour objet d'en fixer le rang, lequel est attaché à la qualité de la créance; qu'elle n'est exigée que pour lui faire produire son effet; que cette inscription, nécessaire pour l'exercice du privilége, se rapporte à la date de la vente, parce que s'il en était autrement il ne serait pas vrai que la créance du vendeur aurait rang d'après la qualité de son privilége.

» Attendu que le Code civil n'ayant fixé aucun délai pour l'inscription du privilége du vendeur, il faut admettre qu'elle est utilement prise, aussi longtemps que l'immeuble affecté est dans les mains de l'acquéreur; qu'il résulte même de l'art. 834 du Code de procédure civile, qu'elle peut encore être requise pendant la quinzaine de la transcription d'une seconde vente, ce qui prouve que le privilége n'avait pas perdu son existence par l'absence d'une inscription; que l'interprétation contraire aurait pour résultat d'assimiler le privilége du vendeur à une simple hypothèque, et même, dans plusieurs cas, de placer le créancier privilégié dans une situation moins favorable que le simple créancier hypothécaire; ce qui effacerait toute distinction entre le droit résultant d'une hypothèque ordinaire, et celui accordé à la créance privilégiée du vendeur, etc. (*Note de l'éditeur belge*.)

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*.

[3] Grenier, t. 2, n° 376, p. 202 et 203.

[4] *Voy.* Dalloz, v° *Hyp.*, p. 107, note 1.

» qu'une fois inscrit, il prime toutes les » créances hypothécaires, qui lui sont pos» térieures, quoique l'inscription en soit an» térieure [1]. »

On peut appliquer la même solution à tout privilége quelconque, par exemple au privilége du copartageant. Ainsi, si un copartageant ne prend inscription que le soixantième jour après l'acte de partage, il aura néanmoins privilége sur toutes hypothèques antérieurement inscrites.

Il y a plus : on dit souvent que le privilége inscrit remonte *à la date de l'acte* qui le produit [2]. Mais il faut s'entendre.

Oui, sans doute, le privilége inscrit, même postérieurement à l'acte dont il émane, est censé avoir pris naissance en même temps que cet acte. Mais cela ne veut pas dire qu'on ne doive lui donner de rang qu'à la date de cet acte. Il arrive souvent qu'il prime des hypothèques antérieures à l'époque de sa naissance.

Par exemple, je vends en 1830 à Pierre ma maison B. Cet immeuble, en entrant dans le patrimoine de Pierre, se trouve à l'instant grevé de l'hypothèque légale de sa femme, et comme Pierre était marié dès 1820, il s'ensuit que l'hypothèque de l'épouse prendra rang à la date de 1820 (art. 2135 du Code civil).

Mais, quoique mon privilége n'ait pris naissance qu'en 1830, il n'en est pas moins vrai qu'il primera l'hypothèque de la femme : ainsi, quant au rang, le privilége est préférable aux hypothèques existantes même avant sa naissance.

C'est en ce sens qu'il faut entendre la locution usuelle dont j'ai parlé.

267. L'inscription, dit notre article, est requise pour que le privilége sur l'immeuble produise effet *entre créanciers*. D'où il suit que lorsque plusieurs individus se présentent comme créanciers de la même personne, il est de leur intérêt d'examiner si le privilége que l'un d'eux leur oppose a été inscrit ou non inscrit, et qu'ils sont en droit d'empêcher qu'on ne se prévale de priviléges non inscrits.

Quelle est la raison de cela ?

C'est, disent quelques-uns, que chaque créancier a eu intérêt à apprendre par l'inscription les charges qui pèsent sur son débiteur, et qu'il est juste que celui qui a négligé de donner ces lumières, en ne se faisant pas inscrire, ne puisse opposer son titre à ceux que son silence a induits en erreur.

Il me semble cependant que cette raison est bien loin d'être satisfaisante pour tous les cas.

D'abord, le copartageant n'est obligé de se faire inscrire que dans soixante jours à compter de l'acte de partage. Ainsi, tous ceux qui ont pris inscription hypothécaire dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'acte de partage et le soixantième jour, ne peuvent pas dire que c'est le défaut d'inscription qui les a induits en erreur ; car le copartageant avait légalement droit de leur laisser ignorer son privilége. Il n'était obligé à se faire inscrire que le soixantième jour, c'est-à-dire, après leurs inscriptions hypothécaires. Néanmoins, si le copartageant ne se fait pas inscrire du tout, ils pourront lui faire un reproche de non-accomplissement de la formalité, quoique cette formalité ait été indifférente pour eux.

A l'égard du privilége du vendeur, la chose est encore plus sensible ; car aucun délai ne lui est prescrit, comme on le verra plus tard (n° 266) pour se faire inscrire. La faculté de prendre inscription lui est ouverte jusqu'au dernier moment. Il a donc eu le droit formel de laisser ignorer son privilége à tous ceux qui ont contracté avec son acquéreur ; néanmoins, si, le dernier

---

[1] On ne doit pas confondre l'*effet* avec le *rang* du privilége ; l'effet du privilége est déterminé par l'art. 2095. Il consiste dans l'avantage d'être préféré aux créanciers hypothécaires. Lors donc que l'art. 2106 indique la date de l'inscription comme l'époque à laquelle le privilége *a son effet* entre les créanciers, cela signifie que ce n'est qu'à partir de ce moment, et après avoir rempli la formalité de l'inscription, que le créancier privilégié peut exercer son droit de préférence sur les créanciers hypothécaires. S'il en était autrement, le privilége serait illusoire. Les hypothèques ordinaires se règlent, en effet, par la date de leur inscription ; elles sont primées par celles qui les précèdent, et préférées à celles qui les suivent. Le législateur a eu nécessairement l'intention d'attacher au privilége un avantage particulier, sans lequel toute distinction deviendrait sans objet. Il faut donc reconnaître que l'*effet* du privilége est autre chose que le *rang* ; que ce rang, quel qu'il soit, ne peut être réclamé par le créancier privilégié qu'après avoir pris inscription ; mais que ce n'est pas la date de l'inscription qui fixe le rang du privilége. *Voy.* Persil, *Rég. hypoth.*, sur l'art. 2106. (Toulouse, 19 fév. 1823 ; Brux., 3 mai 1826 ; Brux., cass., 17 juin 1833 ; Liége, 10 janv. 1816 ; Dalloz, t. 17, p. 111, n° 17).

[2] *Voy.*, par exemple, Dalloz, sommaire de l'arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 1813. Cette locution se trouve d'ailleurs partout. *Voy.* aussi art. 2166.

moment étant venu (on sait que c'est la quinzaine de la transcription faite par l'acquéreur qui veut purger) (art. 834 du Code de procédure civile), il ne s'était pas fait inscrire, ou n'avait pas fait transcrire son contrat, tous les créanciers de l'acquéreur ayant l'hypothèque inscrite depuis la vente par lui faite, seront en droit de lui reprocher la non-inscription; et cependant, en réalité, il est clair que l'inscription est pour eux indifférente; car ils ont contracté à une époque où le privilége ne devait pas nécessairement leur être connu (*supra*, n° 291)!

Ces bizarreries accusent la prévoyance du législateur, qui, tout en voulant la publicité pour mettre à nu la situation du débiteur, a manqué son but dans une foule de cas importants, n'a su prendre que des mesures partielles, et a autorisé la clandestinité, au milieu même des dispositions destinées à porter le jour sur les affaires de l'obligé. Son idée était forte, gigantesque même; mais il n'a pas su la manier avec cette puissance que nous avons vue imprimée aux Codes allemands, dans l'exposé que nous en avons fait dans notre préface. La hardiesse de sa pensée a fait faillir son courage, et il y avait de quoi; car elle ne pouvait se réaliser sans blesser beaucoup de droits, sans sacrifier arbitrairement le vendeur et le copartageant à des créanciers qui, par l'inspection des titres, ont pu connaître l'existence du privilége (voy. préface). Mais puisque les rédacteurs du Code ne se sentaient pas la force d'exclure radicalement la clandestinité de leur système hypothécaire, pourquoi promettre témérairement une publicité complète? Pourquoi faire tant de fracas d'inscriptions de priviléges, qui ne font rien savoir? N'espérons donc pas expliquer la loi par ces principes féconds, qui tranchent toutes les difficultés, et répondent à tous les doutes. La règle ne peut que succomber souvent, lorsque le législateur lui-même semble la redouter.

Quoi qu'il en soit, le défaut d'inscription constitue une nullité d'*ordre public* [1], et tout créancier peut s'en prévaloir. Car c'est le propre des nullités d'ordre public de pouvoir être invoquées par ceux-là mêmes qui n'en ont pas été blessés.

268. Ici je réponds à une question qui peut m'être faite.

Les créanciers chirographaires sont-ils personnes légitimes pour contester au privilégié le défaut d'inscription?

Je crois que toutes les fois qu'un privilégié, ayant négligé d'assurer l'effet de son privilége par l'inscription, est encore à temps de prendre une inscription hypothécaire pour convertir son privilége en hypothèque [2], les créanciers chirographaires n'ont pas d'intérêt à dire que le privilége n'a pas été inscrit; car en prenant une inscription hypothécaire, les créanciers originairement privilégiés, mais déchus de leur privilége, primeraient toujours les chirographaires.

Mais si le privilégié qui a laissé perdre son privilége faute d'inscription, ne se trouve plus à temps de s'inscrire comme créancier hypothécaire, je crois qu'alors les créanciers chirographaires auront qualité pour se prévaloir du défaut d'inscription; car toute hypothèque doit être inscrite pour produire son effet.

Je suppose l'espèce suivante :

Un partage a lieu entre Pierre et Jacques, et il est stipulé que, pour établir l'égalité, Pierre donnera à Jacques, en retour de lot, une somme de 20,000 francs. Le lot de Pierre est donc soumis au privilége de soulte à l'égard de Jacques. Ce dernier omet de se faire inscrire dans les soixante jours de l'acte de partage. Mais bientôt Pierre tombe en faillite. Tous ses créanciers sont chirographaires, excepté Jacques, qui dans l'origine, a eu un privilége, et qui n'a plus aujourd'hui qu'une hypothèque, mais qui, d'après l'art. 2166 du Code civil et l'art. 443 du Code de commerce, ne peut plus prendre d'inscription, attendu l'état de faillite de Pierre. La vente des immeubles de Pierre s'effectue, et l'on procède à un ordre. Jacques pourra-t-il prétendre à une préférence? Nullement. Il est descendu à la condition des créanciers chirographaires; car, sans inscription, l'hypothèque est inefficace [3].

[1] Arrêt de cassation du 11 juin 1817, rapporté dans Grenier, t. 1, n° 62; Dalloz, v° *Hyp.*, p. 288.

Nullité d'*ordre public* n'est pas ici l'expression propre; car il est bien certain que ceux qui ont le droit de l'opposer, pourraient aussi y renoncer. Or, des nullités d'ordre public ne peuvent pas se couvrir. (*Note de l'édit. belge.*)

[2] Art. 2113. *Voy.* un exemple, *infra*, n° 325.

[3] Grenier, t. 1, n° 60, *Répert.*, v° *Inscript. hyp.*, p. 186. Arrêt de cassation, 11 juin 1817.

Il en serait de même si le copartageant, sans avoir laissé périmer son privilége, avait seulement tardé jusqu'au soixantième jour pour le faire inscrire, et que dans les dix jours qui ont suivi l'inscription, le débiteur fût tombé en faillite. Cette inscription serait nulle, comme on le sait [1], et vainement le créancier se prévaudrait-il de la qualité de la créance pour prétendre privilége sur les créanciers chirographaires. Je l'ai dit, le privilége ne peut avoir d'action contre le tiers que par l'inscription. Sans inscription, il est forcé de demeurer dans l'inertie, semblable à l'être doué de la vie, mais qui n'a pas encore la vigueur nécessaire pour se mouvoir. L'art. 2106 porte formellement qu'*entre créanciers* les priviléges ne produisent d'effet que par l'inscription, et l'on voit qu'il ne distingue pas entre les créanciers chirographaires, hypothécaires ou privilégiés. Aussi Grenier dit-il (et je crois que c'est avec raison) : « Toujours est-il vrai » qu'il a été dans l'esprit de toute législation » hypothécaire que lorsqu'un créancier, *soit* » *privilégié*, soit hypothécaire, ne remplis» sait pas l'obligation qui lui était imposée » pour le maintien *de son privilége* ou de » son hypothèque, il descendait à la con» dition des simples créanciers chirogra» phaires. »

269. Notre article ne soumet à l'inscription que les priviléges sur les immeubles. Les priviléges sur les meubles n'y sont pas astreints (art. 2107 du Code civil). On en conçoit facilement la raison.

A l'égard des priviléges qui frappent sur les meubles et sur les immeubles, il faut décider que la formalité de l'inscription ne les regarde pas; car ce n'est que subsidiairement qu'ils peuvent s'appesantir sur les immeubles; leur assiette principale est sur les meubles. D'ailleurs, ils n'ont en général pour objet que des sommes assez minimes, et l'on a pu penser qu'il serait trop gênant de les astreindre à l'inscription, pour le cas tout à fait éventuel où ils viendraient à s'exercer sur les immeubles (*infra*, n° 273).

270. J'ai déjà fait quelques critiques sur le système du Code civil, en ce qui concerne la publicité.

Je ne puis m'empêcher de remarquer que ce système pèche, sous d'autres rapports, par le défaut d'uniformité. Pourquoi ne pas assujettir l'inscription de tous les priviléges sur les immeubles à un délai commun? Le vendeur, en effet, n'est soumis à aucun délai pour faire transcrire son contrat. Il peut requérir cette transcription jusqu'au dernier moment. Le cohéritier ou copartageant doit se faire inscrire dans soixante jours (article 2109). L'architecte est dans le même cas que le vendeur. Il peut garder le silence et ne se faire inscrire que dans la quinzaine de la transcription de la vente faite par l'acquéreur. Enfin le créancier qui veut demander la séparation des patrimoines, a six mois, à compter du jour de l'ouverture de la succession, pour se faire inscrire. (Art. 2111.)

Peut-on ne pas qualifier de l'épithète d'incohérent un système dont les dispositions sont si peu combinées les unes avec les autres?

271. C'est chez le conservateur des hypothèques que l'inscription doit être faite, la forme de cette inscription est déterminée par les art. 2146 et suiv.

ARTICLE 2107.

Sont exceptées de la formalité de l'inscription les créances énoncées en l'art. 2121.

SOMMAIRE.

272. Les priviléges généraux sur les immeubles dont parle l'art. 2101 ne sont pas soumis à l'inscription. Motifs.

273. Ils doivent être inscrits cependant dans la quinzaine de la transcription, d'après l'art. 834 du Code de procédure civile.

274. Lorqu'ils sont purgés par le défaut d'inscription, les créanciers privilégiés peuvent néanmoins agir sur le prix.

[1] Art. 443 du Code de comm., et 2146 du Code civil. *Infra*, n° 653.

COMMENTAIRE.

272. Par anticipation sur notre article, j'ai dit au n° 269 que les priviléges généraux sur les meubles et sur les immeubles énoncés en l'art. 2101 sont exempts d'inscription. J'ai essayé d'en faire connaître le motif.

273. Mais du moins ces priviléges ne doivent-ils pas être inscrits lorsque le nouvel acquéreur, voulant opérer le purgement des hypothèques et priviléges, remplit les formalités nécessaires pour provoquer les inscriptions et les enchères des créanciers?

On sait que, pour ce qui concerne les hypothèques légales, l'art. 2194 a indiqué des mesures qui, lors de l'opération du purgement, amènent l'inscription forcée de ces hypothèques, et mettent le nouvel acquéreur à même d'en libérer sa propriété.

Mais une vague analogie ne suffit pas pour appliquer ces dispositions aux priviléges dont je m'occupe. Faudra-t-il cependant admettre que ces sortes de créances ne peuvent pas être purgées? Ce serait certainement un grand vice dans la législation. Mais je crois que les art. 834 et 835 répondent à cette difficulté. L'art. 834 exige, en effet, que les créanciers ayant privilége sur les immeubles se fassent inscrire au plus tard dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'acquisition du nouveau propriétaire; sinon, ils ne peuvent requérir la mise aux enchères, et le nouveau propriétaire n'est tenu, d'après l'art. 835, que du payement du prix stipulé dans son contrat.

Je pense que les expressions générales dont se sert l'art. 834 s'appliquent aux priviléges mentionnés dans l'art. 2101 du Code civil; et qu'ainsi s'ils ne se produisaient pas dans la quinzaine de la transcription, le droit de suite serait perdu, et l'immeuble passerait exempt de cette charge au nouvel acquéreur. Telle est du reste l'opinion unanime des auteurs [1]. C'est à tort que Dalloz prétend que Tarrible enseigne une doctrine opposée. Si dans un passage emprunté à cet auteur [2], on peut trouver quelque chose qui semble peu en harmonie avec ce que j'ai dit, néanmoins, on voit aussi que Tarrible enseigne très-positivement que les créanciers qui ont le privilége énoncé dans l'art. 2101 ne peuvent jouir du droit de surenchérir, que s'ils se sont fait inscrire dans la quinzaine de la transcription.

274. Mais le créancier privilégié qui ne s'est pas fait inscrire conserve-t-il cependant une action sur le prix? L'affirmative me paraît certaine. En effet, bien que le privilége soit perdu à l'égard de l'acquéreur, et qu'il ne puisse, par conséquent, donner lieu à une action sur la chose, néanmoins l'action sur le prix subsiste toujours, et elle subsiste avec son privilége. Car, *à l'égard des créanciers*, peu importe le défaut d'inscription. Le privilége en ce qui les concerne est déclaré dispensé d'inscription [3]. Néanmoins Grenier pense que le créancier privilégié ne pourrait se présenter utilement à l'ordre qu'autant qu'il aurait pris inscription avant l'ouverture, quoique postérieurement au délai déterminé dans l'art. 834. Mais je ne pense pas que cette formalité soit nécessaire. Aucune loi n'en fait une obligation [4].

---

[1] Grenier, t. 2, n° 437. Delvincourt, t. 8, p. 10, notes. Persil, *Comm.*, art. 2107, n° 3. Dalloz, v° *Hyp. Infra*, n° 922. — *Contra*, Tarrible, *Répert.*, v° *Transcript.*, § 3, n° 6.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, p. 108.

[3] Grenier, t. 2, n° 437. Merlin, *Répert.*, v° *Transcript.*, p. 115, col. 1. Delvincourt, *loc. cit.* Dalloz, *id.*, n° 4. *Infra*, n°s 922, 683 et 984.

[4] Il faut admettre sans contredit, cette opinion de Troplong à l'égard des créanciers privilégiés de l'article 2101 que la loi dispense expressément de la formalité de l'inscription. Mais il eût dû l'énoncer autrement pour être clair et rester fidèle aux principes. Que signifie, en effet, de dire que bien que le privilége soit perdu à l'égard de l'acquéreur, et qu'il ne puisse, par conséquent, donner lieu à une action sur la chose, néanmoins l'action sur le prix subsiste toujours avec son privilége; puisqu'il est constant que ce n'est que dans la distribution du prix que le privilége opère son efficacité réelle? Il fallait dire qu'aussi longtemps que l'ordre n'est pas clos, ces privilégiés ont le droit de s'y faire colloquer, à leur rang de préférence, sans qu'ils aient besoin pour cela de justifier d'une inscription prise. Mais s'il était clos définitivement et que les payements du prix fussent faits aux créanciers colloqués utilement, ils resteraient déchus sans ressource. (*Note de l'éditeur belge.*)

ARTICLE 2108.

Le vendeur privilégié conserve son privilége par la transcription du titre qui a transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due ; à l'effet de quoi, la transcription du contrat faite par l'acquéreur vaudra inscription pour le vendeur et pour le prêteur qui lui aura fourni les deniers payés et qui sera subrogé aux droits du vendeur par le même contrat.

Sera néanmoins, le conservateur des hypothèques, tenu, sous peine de tous dommages et intérêts envers les tiers, de faire d'office l'inscription sur son registre des créances résultant de l'acte translatif de propriété, tant en faveur du vendeur qu'en faveur des prêteurs, qui pourront aussi faire faire, si elle ne l'a été, la transcription du contrat de vente, à l'effet d'acquérir l'inscription de ce qui leur est dû sur le prix.

SOMMAIRE.

275. Division.
276. Conservation du privilége du vendeur par la loi de brumaire an 7. De la transcription sous ce régime. De l'inscription d'office.
277. *Quid* sous le Code civil?
278. Par le Code civil comme par la loi de brumaire an 7, il n'y a pas de délai déterminé pour la transcription de la vente. Quand donc doit-elle se faire?
279. Examen de cette difficulté, et d'abord du cas où le vendeur se trouve en collision avec des créanciers inscrits à qui l'acquéreur a donné hypothèque. Le vendeur peut prendre inscription jusqu'à ce qu'on prenne des mesures pour purger. Inconvénients de cet ordre de choses.
280. Du cas où l'acquéreur a revendu avant l'inscription du privilége du vendeur, et où celui-ci est en opposition avec un sous-acquéreur. Par le système du Code civil, la revente purgeait toutes les créances non inscrites. Ainsi, après la revente, le privilége du vendeur était perdu et purgé. Arrêt important à cet égard. Erreur de *Grenier*.
281. Innovation produite par l'art. 834 du Code de procédure civile. Faculté de prendre inscription non-seulement après l'aliénation, mais encore dans la quinzaine après la transcription de la revente. Mauvais résultat de cet article, à quelques égards.
282. Lorsque le privilége du vendeur a été une fois assuré par la transcription, le vendeur n'a pas besoin de s'inscrire dans la quinzaine. Ce n'est que lorsqu'il n'y a pas eu transcription de son contrat. Dissentiment avec Delvincourt.
283. Faute de transcription ou d'inscription dans la quinzaine, le vendeur perd la faculté de surenchérir et retombe forcément dans la classe des chirographaires, tant à l'égard des créanciers que des sous-acquéreurs.
284. Quel contrat doit être transcrit? C'est le contrat seul d'où résulte le privilége.
285. Par qui doit être faite la transcription? C'est par l'acquéreur ; mais le vendeur peut la procurer lui-même.
285 *bis*. Ou bien prendre inscription, même en vertu d'un acte de vente sous seing privé. Raison de cela.
286. De l'inscription d'office. Elle n'est pas indispensable pour le vendeur. Mais quand son omission est une cause de dommages pour les tiers, ils peuvent actionner le conservateur. Rareté de la possibilité d'un dommage. Le conservateur doit prendre l'inscription d'office aussitôt après la transcription.
286 *bis*. L'inscription d'office doit être renouvelée tous les dix ans. La réapparition décennale d'une nouvelle inscription est nécessaire, lors même que le privilége a été conservé par la simple transcription.
286 *ter*. Conséquences du défaut de renouvellement décennal. Différents cas où il entraîne la perte du privilége.
287. Tout contrat qui emporte privilége pour le cédant doit être transcrit, et le conservateur doit prendre inscription d'office.
288. Du créancier délégué dans le contrat de vente. Renvoi.
289. Du prêteur de deniers pour achat de la chose vendue. La transcription conserve son privilége. Il peut aussi, s'il le veut, prendre inscription. Il jouit des mêmes droits que le vendeur. Renvoi pour la forme de l'inscription et ses énonciations.
289 *bis*. La transcription du contrat dans tous les cas énoncés ci-dessus ne conserve que les sommes déclarées dues par ce contrat, à moins qu'on n'y déroge par un autre acte également transcrit.

COMMENTAIRE.

275. L'art. 2108 trace les formes à suivre pour donner au privilége du vendeur la publicité nécessaire pour sa conservation.

Avant de m'engager dans les détails que comporte l'interprétation de notre article, je dois faire connaître quelle a été la législation relative à la conservation du privilége du vendeur, avant l'état de choses actuel. Trois périodes sont à parcourir : 1° le règne de la loi du 11 brumaire an 7; 2° l'époque régie par le Code civil; 3° l'état de choses actuel, tel qu'il a été réglé par l'art. 834 du Code de procédure.

276. Par la loi du 11 brumaire an 7, la vente, quoique parfaite quant à la chose, au prix et au consentement, n'opérait cependant pas encore la translation de la propriété à l'égard des tiers. Il fallait nécessairement qu'elle fût accompagnée de transcription. Il suit de là que le vendeur restait maître de la chose à l'égard des tiers jusqu'à la transcription, et que l'acquéreur ne pouvait l'hypothéquer, tant que cette transcription n'était pas effectuée. Il ne pouvait, en effet, conférer plus de droit qu'il n'en avait lui-même. (Voy. préface.)

Mais lorsque l'acquéreur faisait transcrire, le vendeur se trouvait tout à fait dépouillé. Il ne lui restait plus que son privilége.

Par une combinaison qui avait pour but de simplifier les formes, le privilége du vendeur se conservait par la transcription faite même par l'acquéreur. Seulement, le conservateur devait prendre, dans l'intérêt du vendeur, une inscription d'office.

Voici donc quel était le jeu de ce système.

Lorsque l'acquéreur conférait des hypothèques sur l'immeuble qu'il avait acheté, mais dont l'acte de vente n'avait pas été transcrit, ces hypothèques ne pouvaient nuire au droit du vendeur. Car avant la transcription, point d'aliénation complète, et par conséquent point d'hypothèque opposable au vendeur; que si l'acquéreur faisait transcrire, le privilége du vendeur se trouvait par cela même conservé, et nulle inscription hypothécaire ne pouvait le primer.

Si l'acquéreur faisait une revente de l'immeuble, il était encore certain que le droit du vendeur originaire demeurait sain et entier, tant que le sous-acquéreur n'avait pas fait transcrire. Le vendeur maintenait donc l'intégrité de son privilége, en faisant transcrire son contrat, même après la revente. Mais il en était autrement, si, avant cette transcription, le sous-acquéreur faisait transcrire son acte. Cette transcription purgeait l'immeuble entre les mains du sous-acquéreur, et une transcription, ou inscription postérieure faite par le vendeur originaire, n'eût pu relever ce dernier de la perte de son droit [1].

277. Le Code civil a des dispositions qui se rapprochent, à certains égards, de la loi de l'an 11. C'est par la transcription faite par l'acquéreur, que se conserve le privilége du vendeur. En effet, cette transcription, quelle que soit la personne dont elle émane, avertit le public; et dès lors il était inutile d'imposer au vendeur une condition surabondante de publicité, dont l'omission pouvait exposer sa créance.

De plus, comme par la loi de l'an 11, le conservateur des hypothèques est tenu de prendre d'office une inscription dans l'intérêt du vendeur. Toutefois cette inscription n'est pas indispensable, comme je le montrerai plus bas [2].

Mais il faut remarquer que la transcription n'est plus, sous le Code civil, un élément nécessaire pour la transmission de la propriété, et qu'elle n'est requise que comme un préliminaire, pour parvenir au purgement des hypothèques [3].

278. On s'est aperçu par la lecture de notre article, que le Code civil, imitant le silence de la loi du 11 brumaire an 7, ne détermine aucun délai pour que le vendeur donne à son privilége de la publicité.

Je conçois que sous la loi de l'an 7 on ait gardé le silence à cet égard. En effet, la transcription étant une des conditions nécessaires pour opérer le changement de la propriété, on avait cru pouvoir se reposer,

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Transcript.*, p. 692. Arrêt de cassation, 13 déc. 1813.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, p. 41, *infra*, n° 286.
[3] *Voy.* mes observations sur l'art. 2181.

du soin de transcrire, sur l'acquéreur, qui, ne devenant propriétaire incommutable que par ce moyen, avait intérêt à faire transcrire tout de suite.

Sous le Code civil, le même mobile n'existe plus. L'acquéreur peut d'ailleurs ne vouloir pas purger, et la transcription reste, par conséquent, à l'écart. La publicité du privilége du vendeur peut donc se trouver fort retardée. Il est cependant un terme auquel ce privilége doit nécessairement se montrer ; à quel point faut-il le fixer? C'est ici que des difficultés se présentent. Pour les résoudre, il faut distinguer le cas où l'acquéreur hypothèque les biens vendus, et où, par conséquent, le vendeur se trouve en contact avec des créanciers hypothécaires, du cas où le vendeur est en lutte avec un sous-acquéreur.

279. 1° Du cas où l'acquéreur a donné hypothèque sur l'immeuble vendu.

Dans cette hypothèse, le privilége du vendeur se trouve en collision avec les hypothèques accordées aux créanciers de l'acquéreur sur l'immeuble qui a fait l'objet de la vente, et il faut supposer que ces créanciers ont pris inscription avant que le vendeur n'ait donné de la publicité à son privilége; car il ne pourrait y avoir matière à discussion, si le vendeur s'était fait inscrire avant les créanciers hypothécaires.

Dans l'espèce posée, on doit dire que le vendeur doit être admis à s'inscrire, ou à faire transcrire, même après que les créanciers hypothécaires de l'acquéreur ont pris leurs inscriptions [1]. La raison en est que, la loi n'ayant pas fixé de délai, le vendeur est en temps utile pour se faire inscrire, tant qu'on n'est pas arrivé à cette extrémité dernière où la propriété est purgée. Tout ce que la loi a exigé, c'est que le privilége fût transcrit, et dès l'instant que cette condition aura été remplie, quelle qu'en soit l'époque, il sera vrai de dire qu'on a satisfait au vœu de la loi. C'est en vain que les créanciers inscrits objecteront qu'ils n'ont pas trouvé de trace de transcription sur les registres du conservateur, que le vendeur leur a laissé ignorer ses droits, et que, s'ils eussent connu l'état des choses, ils n'auraient pas contracté avec l'acquéreur. Le vendeur trouvera toujours une réponse péremptoire dans le silence de la loi, dont le résultat nécessaire est qu'il jouisse de la faculté de se faire inscrire jusqu'au dernier moment [2]. Et quel est ce dernier moment? c'est, comme on le verra tout à l'heure, la revente faite par l'acquéreur ; car cette revente arrête les inscriptions.

Ainsi, tant que l'immeuble sera dans les mains de l'acquéreur, le vendeur aura le temps de faire paraître son privilége; et son inscription ou la transcription lui assureront un droit préférable aux hypothèques inscrites auparavant. Mais dès l'instant que l'acquéreur aura vendu l'immeuble, il n'y aura plus d'inscription possible, et faute d'inscription, les hypothèques qui auront été inscrites avant la revente, primeront le privilége [3].

Quelques cours ont décidé, cependant, que la vente faite par l'acquéreur n'empêchait pas le vendeur de conserver sa préférence sur les créanciers hypothécaires, si toutefois il faisait transcrire son contrat [4]. Mais cette opinion est insoutenable. Les droits respectifs doivent rester tels qu'ils étaient au moment de la revente. La transcription arrivant trop tard pour imprimer le privilége sur un immeuble qui en est désormais à l'abri, il est clair que ce privilége ne pourra réagir sur le prix, et produire son effet entre créanciers ; car pour que le prix soit affecté par le privilége, il faut que ce privilége se détache de l'immeuble, plein et complet. Or, ici il lui manquait une des conditions de sa plénitude *entre créanciers*, la publicité [5].

---

[1] Rennes, 21 août 1811. Besançon, 15 juillet 1822. Toulouse, 19 février 1823.

[2] *Supra*, n°s 266 *bis*, 267. Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, p. 144, col. 1. Mourre, réquisit. dans l'affaire Sapey, rapportée ci-dessus, n° 219. Grenier, n° 376, t. 2.

[3] Il est important de ne pas perdre de vue que tout ce que dit ici Troplong, était ce qui devait s'observer, d'après lui, sous le Code civil, avant l'introduction de l'art. 834 du Code de procédure civile, époque d'où il date une troisième période dans l'état de la législation sur la matière. Nous n'admettons pas, quant à nous, qu'il en dût être ainsi ; car la vente ultérieure par l'acquéreur n'a jamais pu avoir seule l'effet, sous le Code civil, d'éteindre le privilége non inscrit du vendeur; il fallait au moins la libération du prix par le tiers acquéreur, conformément à l'art. 2186. *Voy.* note sur le n° 282, *infra*.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[4] Grenoble, 8 fév. 1810. Brux., cass., 16 mars 1833. Brux., 28 mai 1834.

[5] Voy. *infra*, n° 282. Ce qu'on verra *infra*, n°s 317 et 327 *bis*, est une exception fondée sur ce que les articles 2109 et 2111 du Code civil accordent aux copartageants et aux légataires, qui demandent la séparation des patrimoines, un délai de faveur qu'on ne peut leur enlever.

Ici la raison n'est plus la même. Il n'y a pas de temps

Revenons à l'état de choses que je signalais il n'y a qu'un instant, savoir, que le privilége promulgué en temps utile, produit un effet rétroactif et prime toutes les hypothèques, quelle que soit la tardiveté de son apparition.

Quoi qu'en dise Tarrible, ce système est vraiment bizarre, et conduit à des conséquences toutes contraires à celles que le législateur a voulu obtenir. Cambacérès disait, en effet, dans la discussion du conseil d'État : « Il est utile de faire inscrire la créance du » vendeur, AFIN QUE CHACUN SACHE QUE L'IMMEUBLE EST GREVÉ, ET QU'IL N'Y AIT PAS DE » SURPRISE : quand la transcription atteste » que le prix n'a pas été payé en entier, le » public est suffisamment averti : ni les ac» quéreurs, ni les prêteurs ne peuvent plus » être trompés. » — Comment donc a-t-on pu permettre au vendeur de laisser si longtemps son titre dans les ténèbres! Comment n'a-t-on pas vu qu'en l'autorisant à le faire sortir de l'obscurité, après des hypothèques stipulées et inscrites de bonne foi, la confiance était trompée par les promesses du législateur? Mieux valait ne rien promettre du tout [1].

280. 2° Du cas où il y a eu revente par l'acquéreur, et du conflit entre le vendeur originaire et les sous-acquéreurs.

D'après les principes du Code civil, tels qu'ils ont été fixés par la jurisprudence après de grands conflits d'arrêts, la vente seule arrêtait le cours des inscriptions, et elle purgeait la propriété des hypothèques et priviléges non inscrits, au moment de la mutation. C'est ce que j'aurai occasion d'établir avec plus de développements, en parlant de la purgation des hypothèques et priviléges (*infra*, n°s 894 et suivants). La transcription n'était nullement nécessaire, comme par la loi de brumaire an 7, pour asseoir et dominer le cours des inscriptions. Ainsi sous le Code civil, et avant les modifications apportées par l'art. 834 du Code de procédure civile, il fallait que celui qui avait une hypothèque ou un privilége s'inscrivît pendant que l'immeuble était encore entre les mains du débiteur. Sinon, l'aliénation faite par ce dernier opérait le purgement de ces droits.

On supposait que celui qui avait acheté l'immeuble ne s'était décidé à traiter avec son vendeur, qu'en prenant pour point de départ les inscriptions existantes lors de la vente. Quant à la transcription, elle n'était, dans un pareil système, que le premier acte pour parvenir à purger ce qui était inscrit [2].

Il suit de là que, si le vendeur originaire ne prenait pas inscription, pendant que l'immeuble était encore entre les mains du débiteur du prix de vente, s'il laissait aliéner l'immeuble sans inscription ni transcription, son privilége était éteint et purgé, soit que l'acte de revente eût été ou non transcrit. Ainsi le vendeur ne pouvait, au moyen d'inscriptions prises après la revente, inquiéter le sous-acquéreur qui, au moment de l'aliénation, n'avait pas trouvé d'inscriptions. C'est ce qui a été décidé d'une manière très-ponctuelle, par un arrêt de cassation, du 13 décembre 1813, remarquable par ses développements, et par la force et l'enchaînement des raisonnements [3]. Je ne puis concevoir comment Grenier a pu dire qu'il est difficile de tirer de cet arrêt des conséquences précises sur la question dont il s'agit [4]. Jamais arrêt n'a été plus formel, il résout la question *in terminis*, et l'on doit savoir gré à la cour suprême d'avoir présenté une théorie si complète.

Et puisque j'ai parlé de Grenier, je remarque que cet auteur est tombé dans une grande erreur, en décidant que, d'après le Code civil, le privilége du vendeur doit être considéré comme conservé, nonobstant toutes reventes ultérieures, et quoique le vendeur ne prenne inscription qu'après ces ventes. Comment Grenier peut-il accorder cette résolution avec ce qu'il a enseigné en différents endroits de son ouvrage, savoir, que la vente purge les hypothèques et PRIVILÉGES non inscrits, lors de la mutation?

---

précis imparti au vendeur. Le délai pour inscrire n'est pas borné à son égard par une disposition expresse du législateur. Pour trouver cette limite, il faut recourir aux *principes généraux*. Au contraire, les art. 2109 et 2111 conduisent à une dérogation positive aux *principes généraux*.

[1] *Voy.* les observations que je fais à cet égard dans la préface. Remarquez que quand Cambacérès parlait ainsi, on ne s'était pas encore prononcé contre la transcription, comme moyen de transmettre la propriété à l'égard des tiers. Ce n'est qu'en discutant l'art. 2182 que le système de l'an 7 fut abandonné.

[2] Grenier, t. 2, n° 349. Arrêts de cassation, 13 déc. 1813, 12 juillet 1824 et 22 fév. 1825. Paris, 22 déc. 1809.

[3] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 99. *Répert.*, v° *Transcription*. (Brux., 23 oct. 1827.)

[4] Grenier, t. 2, n° 350 et suiv.

quand Grenier avance que les cours, ou au moins un assez grand nombre, l'ont ainsi décidé, ne s'aperçoit-il pas qu'il s'appuie de décisions qui, en supposant qu'elles aient le sens qu'il leur prête, seraient directement contraires au principe, par lui avoué, « *que la vente, sous le Code civil, purgeait les privilèges non inscrits?* »

Tarrible a examiné la question [1]. Mais il l'a envisagée sous l'influence de l'art. 834 du Code de procédure civile, dont je vais parler à l'instant, et ici mon but est de fixer l'état de la jurisprudence, d'après les principes purs du Code civil.

281. L'art. 834 du Code de procédure a apporté une innovation à ces principes, en dépouillant la vente du droit de purger les hypothèques et priviléges *non inscrits*. Tous les créanciers privilégiés ou hypothécaires non inscrits lors de l'aliénation, ont eu le droit de prendre inscription jusqu'à la transcription, et même dans la quinzaine suivante.

Ainsi cet art. 834 du Code de procédure civile est venu empirer à quelques égards [2] un système déjà si infidèle à son point de départ; car si le Code civil avait l'inconvénient de manquer à ses promesses à l'égard des créanciers hypothécaires de l'acquéreur, qu'on pouvait laisser dans l'ignorance des droits du vendeur, du moins n'en était-il pas de même à l'égard des sous-acquéreurs. Le privilége du vendeur, non inscrit lors de la vente, ne pouvait leur être opposé.

Mais, par l'art. 834, les sous-acquéreurs ont été mis dans la même position que les créanciers hypothécaires du débiteur. En effet, plusieurs ventes successives peuvent avoir lieu sans qu'on les fasse transcrire; or la vente ne purge plus aujourd'hui ce qui n'est pas inscrit, et il faut que la transcription mette les créanciers en demeure de s'inscrire dans un délai de quinzaine; il suit de là que, si après quatre ou cinq ventes successives aucun acquéreur n'a songé à faire transcrire son contrat, le vendeur originaire pourra se montrer tout à coup, faire sortir son titre de l'obscurité, et inquiéter des sous-acquéreurs qui, cependant, n'ont contracté que dans la persuasion, fondée sur les promesses du législateur, que ce qu'ils achetaient était franc et libre. Ce n'est pas qu'en elle-même cette disposition me paraisse condamnable; elle est un hommage rendu au droit de propriété [3] du vendeur non payé, droit que les sous-acquéreurs ont pu connaître, et qui ne doit pas être facilement paralysé, pour le seul intérêt de dispenser ces acquéreurs de lire leurs actes [4]. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans le cadre où elle est placée, cette disposition forme disparate; elle donne un démenti patent aux paroles de Cambacérès; elle trompe les acheteurs qui auraient pris au mot ce que les rédacteurs du Code leur avaient annoncé.

282. L'art. 834, qui soumet les priviléges à la règle de l'inscription dans la quinzaine de la transcription, ajoute « sans préjudice » des autres droits résultant, au vendeur et » aux héritiers, des art. 2108 et 2109 du » Code civil. »

Ceci demande explication. Que veulent dire ces expressions « sans préjudice des » droits résultant au vendeur, » de l'article 2108 du Code civil (je laisse de côté ce qui concerne le cohéritier, j'en parlerai sous l'art. 2109)? Quels sont ces droits résultant au vendeur de l'art. 2108?

Je laisse parler Tarrible [5].

« Le droit attribué au privilége du vendeur, par l'art. 2108 du Code civil, consiste en ce que ce privilége est conservé » par la transcription du titre d'aliénation, » qui vaut inscription pour le vendeur. » L'art. 834 du Code de procédure civile » présuppose la transcription, puisque la » date de celle-ci est le point de départ du » délai de quinzaine accordé pour s'inscrire [6]. Et comme cette transcription

---

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Transcription*, § 3, p. 106.

[2] Je montre, *infra*, n° 900, que, sous d'autres rapports, cette innovation a eu des avantages; par exemple, par rapport aux hypothèques. Mais, en ce qui concerne les priviléges, elle ne fait que rendre plus dure la condition des créanciers, et surtout des sous-acquéreurs.

[3] C'est au droit *de privilége* du vendeur, qu'il faut dire; car il n'est pas vrai, sous les principes introduits par le Code civil, que le vendeur non payé ait encore quelque droit de propriété à la chose vendue. *Voy.* note sur le n° 79 *supra*. (*Note de l'éditeur belge.*)

[4] *Voy.* ce que j'ai dit à cet égard dans la préface.

[5] Merlin, *Répert.*, v° *Transcription*, p. 108.

[6] Quoi qu'il en soit du mérite de l'opinion elle-même de Tarrible, sur le sens des derniers mots de l'art. 834 du Code de procédure civile, nous ne pouvons nous empêcher de faire observer qu'il n'en donne pas ici de raison concluante; car ce n'est que le résultat d'une confusion d'idées de sa part. La transcription que l'art. 834 présuppose n'est pas celle du titre du vendeur privilégié; mais bien du titre du sous-acquéreur; car il ne suffit pas du tout d'une *vente unique*, mais il doit y avoir revente en

» vaut inscription pour le vendeur, il est » évident que dans le cas d'une *vente unique*, le vendeur n'a nullement besoin de » répéter son inscription dans le délai de » quinzaine.

» ..... Mais nous avons prévu le cas où le » dernier acquéreur (après plusieurs ventes » successives) pourrait se dispenser de » transcrire le premier contrat de vente... » N'y ayant point de transcription du pre» mier contrat de vente, il n'y aurait point » d'inscription réelle ni fictive du privilége » du premier vendeur, et celui-ci serait sans » doute tenu de se conformer à la disposi» tion de l'art. 834 du Code de procédure » civile, c'est-à-dire, d'inscrire dans la quin» zaine de la transcription du second con» trat de vente, afin de conserver son pri» vilége [1]. »

Tel est donc l'avantage auquel l'art. 834 du Code de procédure fait allusion. C'est que, lorsqu'il y a transcription de l'acte de vente qui le concerne, le vendeur n'a pas besoin de prendre inscription, et que son privilége se trouve conservé de plein droit [2].

Je dois dire, cependant, que Delvincourt donne un tout autre sens à ces mots de l'article 834, « sans *préjudice*, etc. » Il prétend que l'art. 834 n'a entendu régler que le *droit de suite* et les moyens de le conserver, mais qu'il n'a voulu rien innover en ce qui concerne le *droit de préférence* entre créanciers; que par ces mots *sans préjudice des autres droits*, le législateur a entendu réserver au vendeur le droit de conserver son privilége *contre les créanciers* par une transcription prise à une époque quelconque [3], pourvu qu'elle soit antérieure à la clôture de l'ordre. La cour de Grenoble a adopté ce sentiment [4].

Cette opinion est erronée. Elle a été condamnée par arrêt de cassation, 12 juillet 1824, et par arrêt de Paris, 16 mars 1816, et, ce qu'il y a de plus décisif, c'est qu'elle est condamnée par les principes. En effet, Delvincourt convient que, par défaut d'inscription dans la quinzaine de la transcription, l'immeuble est purgé, et passe à l'acquéreur exempt du privilége du vendeur. Dès lors, on se demande sur quoi le vendeur pourrait prendre inscription à l'effet de conserver, non plus son droit de suite, mais son droit de préférence. Ce n'est pas sur l'immeuble revendu, puisque désormais il est libre de tout droit non inscrit. Cependant, il ne peut y avoir d'inscription sans un im-

---

arrière-main, pour qu'il puisse y avoir lieu à prendre en considération le privilége du vendeur dans la distribution du prix de l'immeuble ; or, la transcription du titre du sous-acquéreur ne peut tenir lieu, en aucune façon, de la transcription ou de l'inscription requises pour la conservation du privilége du premier vendeur. Au contraire, cette transcription pourrait éteindre le privilége, si, dans la quinzaine de sa date, la transcription du titre même du premier vendeur ou l'inscription de ce privilége n'était pas faite aussi. Dès lors, le motif de la réserve exprimée dans les derniers mots de l'art. 834 est facile à comprendre; c'est qu'il n'est question dans le commencement de l'article que du droit de surenchérir. En prescrivant ce que les privilégiés non inscrits avaient à faire pour pouvoir user de ce droit, l'article a voulu énoncer que l'inaccomplissement de la formalité leur ferait perdre le droit de surenchère, mais ne suffirait pas pour faire perdre le droit de suite et de préférence sur le prix objet du privilége, si d'ailleurs la transcription de leur titre avait lieu avant la clôture de l'ordre. L'art. 2186 n'a pas non plus une autre portée. Cette interprétation nous fait incliner de préférence vers l'opinion de Delvincourt, que partage Dalloz. Peu importe que la transcription vaille inscription, ce n'est cependant pas une inscription, et dès lors il n'y a pas lieu à s'arrêter par l'impossibilité d'en prendre encore une directement, après le délai de quinzaine de la transcription du titre du tiers acquéreur. Que si le conservateur en prend occasion de faire une inscription d'office, cela ne préjudiciera nullement au tiers acquéreur qui pourra en demander la radiation à la charge et aux frais du vendeur privilégié retardataire, qui devra le tenir quitte et indemne ; mais les effets utiles acquis par la transcription du titre privilégié, vis-à-vis des autres créanciers, resteront intacts. Les intérêts du tiers acquéreur et ceux des créanciers entre eux sont tout à fait distincts les uns des autres.

Nous savons bien qu'il s'est introduit une jurisprudence contraire basée sur l'art. 834 du Code de procédure, mais cet article n'est pas susceptible de l'interprétation que l'on s'est efforcé de lui donner, en faisant violence à son texte et à son esprit; il n'a dérogé à l'ensemble du système hypothécaire du Code civil, que pour ce qui concerne le droit de surenchère. *Voy.* note sur le n° 317, *infra*. (*Note de l'éditeur belge.*)

[1] *Voy.* aussi Grenier, t. 2, n° 377.

[2] La transcription d'un acte de vente constatant que la totalité ou partie du prix est due au vendeur, suffit seule, et indépendamment de l'inscription, pour conserver le privilége du vendeur sur l'immeuble vendu. Il en est de même lorsque la totalité ou une partie du prix a été convertie en une rente affectée sur le bien vendu. (Brux., 28 mai 1816, 3 juin 1817 et 3 mai 1826; *J. de Brux.*, 1816, 2e, p. 103; 1817, 2e, p. 19; 1826; 1re, p. 339; et *J. du* 19e *s.* 1826, 3e, p. 211.)

[3] Je remarquerai ici que c'est à tort que Dalloz, v° *Hyp.*, p. 112 et suiv., n° 17, attribue à Tarrible l'opinion que le vendeur peut s'inscrire utilement contre *les créanciers hypothécaires*, lorsque la quinzaine de la transcription est écoulée. Tarrible n'a parlé, dans la discussion citée par Dalloz, que *du cas où l'immeuble est resté dans les mains du premier acquéreur*. Or, dans ce cas, s'il y a eu transcription, elle vaut inscription pour le vendeur. S'il n'y en a pas eu, la question soulevée par Delvincourt ne se présente pas. Tout ce qu'a voulu prouver Tarrible (Merlin, *Privilége*, § 5, n° 5), c'est que le vendeur n'est tenu de s'inscrire qu'au dernier moment; opinion dont je me suis appuyé moi-même, n° 289.

[4] Arrêt du 8 février 1810.

meuble qui lui serve d'assiette [1]; et sans inscription, le vendeur ne peut prétendre de préférence entre créanciers.

Dira-t-on qu'il fera transcrire le contrat, ce qui ne présentera pas la même difficulté que l'inscription? Mais la transcription *vaut inscription*, d'après notre article. Elle ne peut donc produire un effet que l'inscription serait incapable d'assurer. D'ailleurs, ici se représentent les raisons que j'ai données ci-dessus n° 279. Le privilége n'ayant pas été imprimé sur l'immeuble d'une manière complète, faute d'inscription ou de transcription en temps utile, il ne peut se réserver sur le prix qu'avec son imperfection. La transcription tardive serait insuffisante pour réparer ce qui lui manque : elle ne pourrait faire que ce privilége ait passé dans toute sa plénitude, par l'immeuble, avant d'arriver au prix, qui le représente [2].

Enfin, veut-on que l'art. 834 du Code de procédure civile n'ait dérogé au Code civil qu'en ce qui concerne le droit de suite? Eh bien! l'on restera sous l'empire du système du Code, d'après lequel la revente purgeait, même à l'égard des créanciers, le droit du vendeur originaire non inscrit (*supra*, n° 279). Je ne vois pas ce qu'il gagnera à cela [3].

283. Concluons donc que lorsque le vendeur n'a pas fait transcrire son contrat, ou n'a pas pris inscription dans la quinzaine de la transcription, il perd son privilége, tant à l'égard des sous-acquéreurs que des créanciers hypothécaires. Il n'a plus même l'avantage de devenir créancier hypothécaire, car il ne serait plus à temps de prendre inscription pour assurer son hypothèque. Enfin, d'après l'art. 835 du Code de procédure civile, il n'a plus le droit de surenchérir, et la perte du droit de surenchérir ôte à l'hypothèque (de même qu'au privilége) toute sa vigueur; elle la prive des moyens d'élever l'immeuble à sa vraie valeur, et de toucher le prix [4]. Une pareille hypothèque retombe évidemment dans la classe des créances chirographaires. Je reviendrai sur cette vérité, en commentant l'art. 2186.

284. J'ai fait connaître quels sont les délais dans lesquels le privilége du vendeur doit être rendu public. Je passe en ce moment aux autres difficultés que présente l'art. 2108 du Code civil.

Et d'abord, quel est l'acte de vente qui doit être transcrit? On avait prétendu qu'en cas de plusieurs ventes, la transcription d'un des contrats postérieurs suffisait pour conserver le privilége des vendeurs précédents.

Mais cette opinion est déraisonnable. Le privilége du vendeur ne se conserve que par la transcription du contrat dont il résulte, et non par celle des contrats postérieurs. Car celui-là seul donne publicité à la créance du vendeur. C'est ce qui a été formellement décidé par un arrêt de la cour de cassation, du 14 janvier 1818 dans le cas de plusieurs ventes successives : « Attendu » qu'il est de règle, d'après l'art. 2108 du » Code civil, que le privilége du vendeur » non inscrit ne se conserve que par la » transcription du contrat dont il résulte, » et non par celle des contrats postérieurs.» C'est au surplus l'opinion commune [5].

285. Par qui l'acte de vente doit-il être transcrit? Régulièrement, c'est par l'acquéreur, qui est supposé par la loi vouloir purger sa propriété.

Mais si l'acquéreur renonce à purger, rien n'empêche que le vendeur lui-même ne fasse faire la transcription [6].

285 *bis*. Il peut même, dans le cas où la vente ne serait pas transcrite, prendre une inscription à sa requête; et cette inscription aurait, indépendamment de toute transcription, la force de conserver le privilége. Car, si l'art. 2108 fait ressortir la publicité du privilége du vendeur, de la transcription, et garde le silence sur l'inscription, c'est dans l'intérêt du vendeur, qu'on a voulu affranchir de formalités surabondantes. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il peut se placer sous l'empire du droit com-

---

[1] Art. 2148, n° 5. Ce qu'on verra, *infra*, nos 317 et 327, n'est qu'une *exception* pour des priviléges auxquels la loi accorde des délais de faveur.

[2] Ceci n'a rien de contraire à ce que je dirai, *infra*, nos 984 et suivants, sur la question de savoir si la femme qui a perdu le droit de suite peut avoir préférence entre créanciers.

[3] Nous avons déjà dit dans la note sur le n° 279, *supra*, que même avant l'introduction de l'art. 834 du Code de procédure, le système du Code civil n'autorisait pas cette doctrine. Troplong la pose cependant avec une assurance qui lui donne toute la certitude d'un axiome. (*Note de l'éditeur belge.*)

[4] *Répert.*, v° *Inscript. hyp.*, § 4, sect. 8, p. 218.

[5] Delvincourt, t. 8, p. 204, notes. Persil, *Quest.*, t. 1, chap. 6. Grenier, t. 2, n° 377. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 109, n° 6.

[6] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 108, n° 3.

mun, et recourir à l'inscription, qui est le moyen ordinaire d'attacher la publicité à un droit hypothécaire ou privilégié. Ainsi l'ont jugé deux arrêts de la cour de cassation, des 6 juillet 1807 et 7 mars 1811, et un arrêt de Rennes, 21 août 1811.

Il a même été décidé que le vendeur peut prendre inscription, quand même l'acte de vente serait sous seing privé [1]. En effet, il résulte d'un avis de conseil d'État, du du 12 floréal an 13, que les actes de vente sous seing privé et *enregistrés* peuvent être présentés à la transcription quand même les signatures ne seraient pas reconnues. Or, la transcription de cet acte sous seing privé eût conservé le privilége du vendeur. Donc le vendeur a pu le conserver aussi en prenant, en vertu de ce même acte, une mesure équipollente à la transcription, je veux dire l'inscription [2].

286. Parlons maintenant de l'inscription d'office que la loi charge le conservateur des hypothèques de prendre, lorsque l'acte de vente est porté à sa connaissance par la transcription [3].

Cette inscription n'est pas indispensable, puisque la transcription seule vaut inscription au profit du vendeur. C'est une mesure d'ordre qui a été prescrite dans l'intérêt des tiers par l'art. 2108, sur la proposition de Jollivet, afin que le registre des inscriptions fût complet. Mais l'omission de la formalité ne peut nuire au privilége du vendeur. Seulement, s'il en est résulté quelque dommage pour les tiers, que l'état incomplet du registre a induits en erreur, le conservateur est tenu de les indemniser [4].

Notez que notre article ne fixe pas un délai pour que le conservateur prenne inscription. C'est probablement que le législateur a entendu que le conservateur prendrait inscription aussitôt après la transcription [5].

Au surplus, je ferai observer que le tiers qui, voulant s'assurer de la position de son débiteur, n'aurait consulté que le registre des inscriptions, sans consulter aussi le registre des transcriptions, aurait fait une faute de nature à diminuer beaucoup la responsabilité du conservateur, en cas que celui-ci eût omis l'inscription d'office du vendeur. C'est, en effet, par le registre des transcriptions que les tiers, qui veulent se ménager un droit sur l'immeuble, peuvent savoir si les inscriptions dont il est chargé au compte du possesseur actuel ont été ou non prises dans le délai de quinzaine, si elles ne sont pas tardives, etc. Le registre des transcriptions est donc toujours là pour faire connaître le droit du vendeur, que le registre des inscriptions n'annoncerait pas, par la faute du conservateur. Il sera donc très-rare que l'omission de ce fonctionnaire cause à la partie un dommage *irréparable*. (Voy. *infra*, n° 1001.)

286 *bis*. D'après un avis du conseil d'État du 22 janvier 1808 [6], l'inscription d'office doit être renouvelée dans les dix ans [7]. Ce renouvellement doit être requis par le créancier. Car le conservateur ignore, au bout de dix ans, si la créance du vendeur est ou non soldée. Il lui serait d'ailleurs impossible de tenir note de toutes les ventes qu'il aurait transcrites, pour veiller chaque jour à ce que chaque inscription d'office fût renouvelée à son terme.

Le renouvellement devrait avoir lieu quand même le conservateur aurait négligé de prendre originairement inscription d'office, et quand même le privilége du vendeur n'aurait été conservé que par la transcription. La transcription ne vaut, en effet, que *comme inscription*, et elle vaudrait davantage si le bénéfice qu'elle procure n'était pas soumis à la prescription de dix ans [8].

286 *ter*. Faute d'opérer ce renouvellement, le vendeur se trouverait évidemment

---

[1] Arrêt précité du 6 juillet 1807.

[2] Delvincourt, t. 8, p. 30, notes. Grenier, t. 2, n° 386.

[3] Le conservateur des hypothèques peut, indépendamment de l'inscription d'office que la loi lui fait un devoir de prendre pour la conservation du privilége du vendeur, en prendre une spéciale, même en l'absence de toute acquisition, pour la conservation d'une hypothèque conventionnelle consentie au vendeur dans l'acte de vente. (Paris, cass., 13 juillet 1841. *Voy.* cependant Poitiers, 1er juillet 1831.)

[4] Delvincourt, t. 8, p. 33, notes. Persil, art. 2108, n° 13.

[5] Persil, *Comm.*, art. 2108, n° 19. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 111, n° 14.

[6] *Voy.*-le dans Dalloz, v° *Hyp.*, p. 113, note 1, et dans le Code de Pailliet.

[7] Art. 2154 du Code civil. *Infra*, n° 716. Bruxelles, 16 avril 1823; cass., 27 avril 1826.

[8] Art. 2154. Toulouse, 23 mars 1829.

En Belgique, les inscriptions pouvaient conserver leur effet aussi longtemps que durait la créance, en vertu de la loi du 22 décembre 1828, exécutoire à dater du 1er janvier 1829. Mais cette loi, qui abrogeait l'art. 2154 du Code civil, est elle-même abrogée par la loi du 12 août 1842, qui statue que les inscriptions devront, pour conserver leur effet, être renouvelées dans les 10 années depuis et compris le jour de leur date. (*Note de l'éditeur belge.*)

réduit à la condition de celui dont le titre n'aurait jamais été transcrit, ou dont le privilége ne se serait jamais produit par l'inscription. Il ne pourrait s'inscrire à nouveau, après les dix ans expirés, que si l'immeuble était dans les mêmes mains, ou si, ayant été aliéné, la quinzaine de la transcription n'était pas encore écoulée. Dans l'un et l'autre cas, le privilége se trouverait intact au moyen de l'inscription. En effet, le vendeur serait de même condition que celui qui, ne s'étant jamais inscrit, conserve son privilége en s'inscrivant pour la première fois, pendant la quinzaine de la transcription [1]. C'est ce qu'a jugé la cour de Paris dans l'espèce suivante : Drouet vend une maison à Perrée; 27 septembre 1803, transcription et inscription d'office; 10 février 1814, c'est-à-dire plus de dix ans après cette inscription, qui n'avait pas été renouvelée, revente par Perrée à Raffard. Le 16 février, transcription de cette seconde vente, et le 20, inscription nouvelle prise par Drouet.

Les créanciers hypothécaires de Perrée prétendent que, l'inscription du vendeur n'ayant pas été renouvelée dans les dix ans, conformément à l'avis du conseil d'État du 22 janvier 1808, son privilége a dégénéré en hypothèque, d'après l'art. 2113 du Code civil.

C'était mal comprendre et mal appliquer ce dernier article. Nulle déchéance n'était encourue par le vendeur. Car, en le traitant à la rigueur, on ne pouvait que le placer dans la classe d'un vendeur n'ayant pas encore inscrit, attendu que le non-renouvellement de l'inscription était ici absolument équipollent au défaut d'inscription. Or tout vendeur qui n'a pas encore inscrit est admis à le faire dans la quinzaine de la transcription, et il prime tous les créanciers hypothécaires antérieurs. Donc, dans l'espèce, le vendeur, ayant inscrit dans la quinzaine de la transcription, devait conserver son rang.

C'est ce qui fut jugé par arrêt de Paris, 24 mars 1817, portant infirmation de la sentence du premier juge [2].

Mais si l'immeuble avait été aliéné, et que le vendeur n'eût pas renouvelé son inscription dans la quinzaine de la transcription, il perdrait son droit, d'après ce que j'ai dit ci-dessus (n° 281). C'est ce qu'a jugé un arrêt de la section des requêtes du 27 avril 1826. Dans l'espèce de cette décision, les conjoints Pasquier, vendeurs originaires, avaient assuré en 1808 leur privilége par la transcription, suivie d'inscription d'office. En 1819, Pierrot, acquéreur, revendit à la veuve Puille, qui fit transcrire. Dix ans s'étaient écoulés depuis la vente originaire, et depuis l'inscription d'office prise au profit des conjoints Pasquier. Ces derniers négligèrent de renouveler leur inscription dans la quinzaine de la transcription faite par la veuve Puille. Sur la demande de leur représentant d'être admis à titre de privilége, il fut jugé par la cour d'Amiens que le privilége était éteint, et la cour de cassation rejeta le pourvoi contre cette décision.

Mais la perte du privilége serait-elle encourue, si l'inscription, subsistant encore au moment de l'aliénation, ne tombait en péremption que quelque temps après? Par exemple, Pierre, vendeur, prend inscription le 1er janvier 1810. Avant l'expiration des dix ans, c'est-à-dire en 1819, l'acquéreur revend l'immeuble soumis au privilége. Il est clair que le sous-acquéreur (qui du reste fait transcrire), a reçu l'immeuble grevé du privilége du vendeur originaire. Mais bientôt, dix ans s'écoulent, et Pierre ne renouvelle pas son inscription dans les délais; il ne songe à reprendre une autre inscription qu'en 1821. On demande si cette inscription lui conservera son privilége avec effet rétroactif, au jour de la vente originaire, ou bien si les créanciers du sous-acquéreur, qui ont traité sur la foi de la péremption de son inscription, pourront lui contester son rang.

Cette question n'est pas sans difficulté [3]. Ce qui doit cependant en fixer la solution, c'est que la péremption de l'inscription remet les choses au même point que si jamais il n'y avait eu d'inscription; or quand il y a eu revente (comme dans l'espèce), et que le privilége n'était pas inscrit, il faut nécessairement qu'il se produise dans la quinzaine de la transcription, sans quoi l'im-

---

[1] *Voy.* dans ce sens Paris, 8 mars 1843. Sirey, t. 43, p. 194, note.

[2] Dalloz, *Hyp.*, p. 123 et suiv. *Voy.* aussi Persil, *Quest.*, chap. 6, § 7. Favard, *Privilége*, sect. 4, n° 6.

Un arrêt de la cour de cassation de Bruxelles du 16 mars 1835, rapporté au t. 3 du *Bulletin de ses arrêts*, p. 339, a jugé dans le même sens. (*Note de l'éditeur belge.*)

[3] Voy. *infra*, n° 716 *bis*, une question analogue.

meuble est définitivement affranchi. Ceci posé, il est certain que le vendeur, ayant laissé périmer son inscription, s'est assimilé à ceux qui n'ont jamais inscrit; que, par conséquent, le renouvellement de son inscription n'ayant pas eu lieu dans la quinzaine de la transcription, cette inscription ne peut plus affecter l'immeuble [1].

287. J'ai dit tout à l'heure qu'une vente sous seing privé pouvait et devait être présentée à la transcription. On doit de même transcrire tout contrat quelconque qui tient de la nature de la vente, et peut donner lieu à un privilége en faveur du cédant; telle est la vente faite moyennant une rente annuelle, le contrat d'échange dans lequel est stipulé un retour en argent, etc. (*supra*, nos 215 et suiv.).

Dans tous ces cas aussi, le conservateur est obligé de prendre une inscription d'office [2].

288. Pour ce qui concerne le créancier délégué dans le contrat de vente pour toucher le payement, je renvoie à ce que je dirai en m'occupant de l'art. 2112.

289. Notre article appelle le prêteur de deniers pour achat d'un immeuble, à jouir du bénéfice de la conservation du privilége par le seul effet de la transcription, lorsque le prêteur a été *subrogé aux droits du vendeur par le même contrat*. Ces dernières expressions de notre article doivent être coordonnées avec l'art. 2103, n° 2. Dès lors elles ne signifient pas que la transcription faite par l'acquéreur ne profite au prêteur pour achat que lorsque celui-ci s'est fait subroger au vendeur par l'acte de vente; il suffit que, même par des actes séparés, la destination et l'emploi soient prouvés. A la vérité, dans ce dernier cas, la transcription du contrat de vente ne mentionnera pas le prêteur; le nom de celui-ci ne figurera pas sur les registres, et le conservateur des hypothèques ne pourra prendre pour lui une inscription d'office. Mais n'importe. Le prêteur, étant par le fait subrogé aux droits du vendeur, est également subrogé au bénéfice qui résulte pour lui de la transcription [3].

Au surplus, le prêteur de deniers peut prendre une inscription en vertu des actes constatant la destination et l'emploi. Il jouit des mêmes droits que le vendeur.

Mais que doit contenir l'inscription?

Je n'ai pas à m'occuper ici des formes de l'inscription; je renvoie pour cet objet à mon commentaire sur l'art. 2148.

289 *bis*. La transcription du contrat ne conserve le privilége que jusqu'à concurrence des sommes qui y sont indiquées comme n'étant pas encore soldées. C'est ce qui résulte de ces expressions de notre article : « *et qui constate que la totalité ou partie* » *du prix lui est due*, » d'où il suit que, si le contrat portait quittance, bien que cette clause fût détruite par un autre acte, le vendeur ne serait pas fondé à réclamer de privilége.

Toutefois, il en serait autrement si l'acte dérogatoire à l'acte de vente était transcrit en même temps. Alors il devrait être considéré comme formant un appendice à l'acte de vente, et la publicité qui lui aurait été donnée par connexité avec le contrat, aurait fait connaître aux tiers la véritable position des parties, de manière qu'ils ne pourraient se plaindre [4].

---

[1] D'après la note sur le n° 286 *bis*, cette question devient sans objet en Belgique à dater du 1er janvier 1829, pour l'inscription prise qui n'était pas encore périmée à cette date. (*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Grenier, t. 2, n° 387.

[3] Merlin, *Rép.*, v° *Privilége*, p. 41 et 46, n° 9.

[4] Cass., 4 déc. 1823. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 108, nos 2 et 114.

Il faut ajouter que la transcription des deux actes devrait cependant être faite avant que des tiers créanciers n'acquissent hypothèque sur l'immeuble; toutes les hypothèques antérieures à la transcription de l'acte dérogatoire ne seraient pas primées par le privilége du vendeur; par une raison bien naturelle, c'est que la transcription de l'acte de vente ayant un effet rétroactif pour le maintien du privilége au jour de cet acte, le créancier qui consent à prendre l'immeuble en hypothèque pour sa créance sur ce débiteur acquéreur, ne peut pas se plaindre de l'effet du privilége, parce qu'il pouvait s'assurer par l'inspection du contrat de vente si le prix était payé ou non; mais en cas d'existence d'un acte dérogatoire qu'il doit ignorer et qui ne vaut que comme contre-lettre, sans effet à l'égard des tiers, il ne devrait pas en souffrir, puisqu'il n'aurait pas pu le prévoir. (*Note de l'éditeur belge.*)

ARTICLE 2109.

Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége sur les biens de chaque lot ou sur le bien licité pour les soulte et retour de lot, ou pour le prix de la licitation, par l'inscription faite à sa diligence dans soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation; durant lequel temps aucune hypothèque ne peut avoir lieu sur le bien chargé de soulte ou adjugé par licitation au préjudice du créancier de la soulte ou du prix.

SOMMAIRE.

290. Nécessité de l'inscription du privilége.
291. Toutes les causes énoncées dans l'art. 2109 imposent l'obligation d'inscrire. De l'assimilation qu'on pourrait faire du privilége du vendeur à celui du cohéritier créancier pour prix d'un immeuble licité. Distinction.
292. L'inscription peut être prise en vertu d'un acte sous seing privé.
293. Le délai pour inscrire est soixante jours, à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication sur licitation. Computation de ce délai. Le jour *à quo* y est-il compris? Discussion.
294. Le jour *à quo* était compris dans le terme chez les Romains.
295. Néanmoins la question a été fort controversée par les interprètes. Par la pratique, on s'éloigna du texte des lois romaines, et l'on décida que le jour *à quo* n'était pas compris dans le terme. Auteurs à ce sujet. Droit canon. Coutume de Paris. Jurisprudence générale et opinion commune.
296. Des prépositions *a, abs*. Elles sont exclusives. De la préposition *ex*. Des expressions *depuis, à dater, à compter*.
297. Le Code civil et le Code de proc. n'ont rien changé à cet usage universel, qui avait dérogé en ce point aux lois romaines.
298. Néanmoins Merlin veut nous ramener au droit romain. Réfutation de cette prétention.
299. Réponse à ce que dit Merlin, que la jurisprudence n'était pas uniforme.
300. Examen de la jurisprudence depuis 1789 jusqu'à la publication des Codes.
301. Examen des dispositions de nos codes et de la jurisprudence.
302. 1er arrêt, contraire à Merlin.
303. 2e espèce, en matière d'inscription hypothécaire. Arrêts examinés. Conclusion contre le système de Merlin. 3e espèce, tirée du cas où un jugement avait accordé un délai à peine de déchéance.
304. 4e et 5e espèces, tirées des délais de la procédure.
305. 6e espèce.
306. Que doit-on décider lorsque le délai doit courir de l'acte, *ab actu*?
307. 7e espèce.
308. Il existe cependant un seul arrêt favorable à Merlin, et il ne le cite pas, sans doute par oubli.
309. Examen des dispositions du Code civil dont se prévaut Merlin.
310. Art. 26 du Code civil.
311. Art. 302 du Code civil.
312. Art. 1153 du Code civil.
313. Art. 2180, 2279, 2262, 1975 du Code civil.
314. Résumé de cette discussion, peut-être trop longue.
314 *bis*. Si l'acte est sous seing privé, le délai court de l'acte, et non de l'enregistrement.
314 *ter*. Il faut faire attention à ne pas confondre des actes de partage provisionnel avec le partage définitif. Arrêt de cassation à consulter.
315. S'il s'agit d'un partage d'ascendant, le délai court de l'acceptation, s'il est entre-vifs, ou du décès, s'il est par le testament.
315 *bis*. Combinaison de l'art. 834 du Code de proc. avec notre art. 2109.
316. Perte du droit de suite s'il n'y a pas inscription dans la quinzaine de la transcription.
317. Mais l'inscription après la quinzaine, pourvu qu'elle soit dans les soixante jours, conserve le droit de *préférence* entre créanciers. Anomalie. Inconséquences.
318. Lorsque l'inscription est prise après les soixante jours, le cohéritier perd son privilége, et devient créancier simplement hypothécaire.
318 *bis*. Sens de ces mots, *à compter de l'acte de partage*.

COMMENTAIRE.

290. Après avoir établi en faveur du vendeur une exception au mode ordinaire de rendre publics les priviléges ou hypothèques, le Code rentre dans le droit commun en soumettant le cohéritier ou copartageant à la formalité de l'inscription, et en

lui ordonnant de prendre lui-même cette inscription. Ainsi, la transcription que l'un des copartageants ferait de l'acte contenant partage avec stipulation de retour de lot, ne conserverait pas le privilége de ceux à qui il devrait payer ce retour de lot. Il faudrait que les créanciers eussent pris une inscription à leur requête.

291. Le cohéritier ou copartageant est obligé de prendre inscription pour la conservation de chacune des causes énoncées dans notre article, c'est-à-dire, pour soulte ou retour de lot, et pour le prix de la licitation [1].

Mais notre article ne parle pas de la garantie en cas d'éviction, des dettes payées par un copartageant à la décharge de l'autre, et autres causes énumérées dans notre commentaire sur l'art. 2103, n° 3 (voy. n° 239).

C'est une omission, comme on en trouve beaucoup dans le texte des lois. Mais notre article doit être éclairé par l'art. 2103; et ce qu'il ordonne pour prix de licitation et pour retour de lot doit être étendu à tous les cas compris dans l'art. 2103 [2].

La cour de Liége a cependant décidé le contraire par arrêt du 9 mars 1818 [3], dans une espèce où il s'agissait de régler l'inscription d'un copartageant réclamant privilége pour garantie des créances mises à sa charge par l'acte de partage; cette cour a pensé que le délai de soixante jours, prescrit par notre article, n'était pas applicable, et que le copartageant pouvait s'inscrire longtemps après ce délai, et primer les créanciers hypothécaires intermédiaires.

Delvincourt enseigne une opinion semblable [4], et il veut que, dans le prétendu silence de l'art. 2109, on recoure à la disposition plus large de l'art. 2108.

Mais d'abord le partage est un contrat distinct de la vente (*supra*, n° 240), et je ne vois pas pourquoi les principes relatifs à l'inscription du privilége du vendeur, devraient être appliqués de préférence à ceux que le Code a embrassés pour les partages eux-mêmes.

De plus, si l'art. 2109 garde le silence sur l'inscription du privilége pour garantie de lots, l'art. 2108 n'est pas moins silencieux. Pourquoi donc donner la préférence à l'un plutôt qu'à l'autre?

Dans le doute, l'art. 2109 doit prévaloir : 1° il est de droit commun en matière de partage; 2° l'art. 2108 crée en faveur du vendeur des exceptions tellement exorbitantes, qu'elles doivent être plutôt restreintes qu'étendues [5].

Une autre difficulté se présente. Ne pourrait-on pas dire que, lorsqu'un des copartageants est créancier pour prix ou portion du prix d'un des immeubles de la succession adjugé par licitation, son privilége doit être plutôt considéré comme un privilége de vente que comme un privilége de partage, et que dès lors il conserve ses droits par la transcription faite par l'adjudicataire et par l'inscription prise d'office par le conservateur?

Pour lever l'objection, il faut distinguer deux cas : ou l'immeuble licité a été adjugé à l'un des cohéritiers, ou il a été adjugé à un étranger!

Au premier cas, il s'agit plutôt d'un acte de partage que d'une vente, et il faut s'en tenir strictement aux dispositions de notre article, sans quoi le privilége s'évanouirait.

Au second cas, il s'agit d'une vente pure et simple, et ce n'est plus un privilége de partage qu'ont les créanciers du prix. Ils sont vraiment créanciers pour prix de vente, et ce sont les principes de la vente que l'on doit appliquer [6].

292. L'inscription peut être prise en vertu d'un acte de partage sous seing privé. Car, d'après l'art. 819 du Code civil, lorsque les parties sont majeures, le partage peut être rédigé par acte sous seing privé comme par acte authentique. Il suffit qu'il soit enregistré pour qu'il puisse être présenté au bureau de la conservation [7].

293. D'après notre article, l'inscription doit être prise dans soixante jours, à dater de l'acte de partage, ou de l'adjudication par licitation.

Il est important de ne pas se tromper sur le calcul des jours accordés par la loi, pour prendre cette inscription.

D'abord, puisque c'est dans les soixante jours que l'inscription doit être formalisée,

[1] Le copartageant dont la créance n'est pas définitivement fixée doit néanmoins prendre inscription pour conserver son privilége sur le prix de l'immeuble licité. (Bordeaux, 15 juin 1831.)

[2] Persil, art. 2109. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 123, n° 2.

[3] Dalloz, *loc. cit.*

[4] T. 2, p. 153, notes.

[5] Dalloz, *loc. cit.*

[6] Grenier, t. 2, n° 401.

[7] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége*, p. 45.

il s'ensuit que le dernier jour doit être inclus dans le terme. *Dies termini computatur in termino*.

Mais le jour où a été signé l'acte de partage est-il compris dans le terme ?

Les auteurs ont été longtemps partagés sur la question de savoir si le jour *à quo* est compris dans le terme, et quoiqu'il semble que les doutes dussent être levés, néanmoins cette question est encore discutée [1].

294. D'après le droit romain, je crois qu'il est vrai de dire que le jour *a quo* était compris dans le terme. Plusieurs lois se présentent à l'appui de cette proposition. Je vais analyser les principales.

Par le droit romain, la manière de compter les jours variait suivant les circonstances. Tantôt, on en faisait la supputation *de momento ad momentum*, comme lorsqu'il s'agissait de calculer la fin de la minorité. Ainsi dit la loi 3, § 3, D. *de minorib*. [2] : « Voyons si nous pouvons appeler mineur celui qui est à la fin de sa 25e année, mais cependant avant que l'heure correspondante à celle de sa naissance ne soit arrivée. Car s'il est encore mineur, et qu'il ait souscrit une obligation, il aura le bénéfice de la restitution en entier. Il faut répondre que le temps se calcule *de momento ad momentum*, et qu'il est encore mineur. »

Évidemment le résultat de ce calcul était de comprendre dans le jour *a quo* toutes les heures écoulées depuis le moment de sa naissance.

Tantôt le calcul ne se faisait pas *de momento ad momentum*; mais, au lieu d'attendre l'heure précise, on regardait le jour comme accompli du moment qu'il était commencé. C'est ce qui avait lieu dans l'usucapion. « In usucapione ita servatur, ut » etiam si minimo momento novissimi diei » possessa sit res, nihilominus repleatur » usucapio; nec totus dies exigitur ad im» plendum constitutum tempus [3]. »

Alors, d'après la loi 7, Dig. *de usurpat. et usucapione* celui qui avait commencé à posséder le premier janvier à midi, et qui possédait encore à la première heure du jour du 31 décembre, avait acquis l'usucapion.

On voit que ces deux dernières lois avaient principalement pour objet de régler ce qui était relatif au dernier jour du terme. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il résulte nécessairement de ces décisions que le 31 décembre ne serait pas le dernier jour de l'année, si l'on n'y comptait le premier janvier tout entier, jour du commencement de la possession. Ainsi voilà un cas où le jour *a quo* est compris *dans le délai* pour le total.

La loi 132 Dig. *de verbor. significat.*, donne un nouvel exemple qui confirme le précédent.

« Anniculus amittitur, qui extremo anni » die moritur, et consuetudo loquendi id ita » esse declarat; *ante* diem decimum kalen» darum, *post* diem decimum kalendarum : » neque utro enim sermone undecim dies » significantur. »

Quel est le sens de cette loi ? Le voici d'après Pothier [4].

« Sensus est : si quis ipso kalendarum » die ita loquatur, *ante diem decimum hoc* » *factum est, vel post diem decimum id fiat,* » *neutro sermone undecim dies significantur,* » sed decem tantum : scilicet, computatis » in hoc dierum numero kalendis ipsis, » *quamvis dies ille kalendarum quo quis lo-* » *quitur* jam cœptus sit. Ergo pariter, recte » qui dicitur anniculus fuisse seu 365 die» bus vixisse, qui die ipso trecentesimo sexa» gesimo quinto vixit, quamvis eo die nun» dum exacto sit mortuus. Neque enim de » momento ad momentum computamus, et » dies mortis totus vitæ imputatur. »

Cette interprétation est basée sur le principe que l'auteur semble reconnaître comme évident, que lorsqu'on ne calcule pas *de momento ad momentum* (comme dans le premier exemple), le jour *a quo*, quoique commencé, doit être imputé en entier dans ce délai.

On peut aussi consulter Cujas dans ses récitations solennelles sur le D. tit. *de verbor. signif.* Pothier n'a fait que suivre son interprétation.

Enfin la loi 133 au D. *de verbor. significat.* [5] porte ce qui suit : « Si quis dixerit » ut *intra* diem mortis ejus aliquid fiat, ipse » quoque dies quo quis mortuus est, nume» ratur. »

---

[1] *Voy.* mon *Comm. de la prescription*, art. 2260 et 2261.

[2] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 139, n° 2.

[3] L. 15, Dig. *de diversis et temp. præscript.* (*Pand.* de Pothier, t. 3, p. 140, n° 24.)

[4] *Pand.*, t. 3, p. 644, n° 26, note *a*.

[5] Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 666, n° 118.

Si un testateur ordonne qu'une chose soit faite dans un certain nombre de jours, à compter de sa mort, *le jour de la mort est compris dans le délai* [1].

Ces quatre lois prouvent bien clairement que dans les cas qu'elles prévoient, le jour *a quo* est compris dans le terme.

Il y a plus, c'est que dans le droit romain on ne trouve aucune décision qui l'en exclue dans quelque circonstance que ce soit.

A la vérité, quelques auteurs, et notamment la Glose, se sont appuyés sur la loi 101 D. *de regulis juris* pour prouver que le jour *a quo* n'est pas compris dans le terme. Mais ils ont donné à ce texte une fausse interprétation.

« Ubi lex duorum mensium fecit mentio-
» nem, et qui sexagesimo primo die venerit,
» audiendus est. Ita enim et imperator nos-
» ter Antoninus cum divo patre suo re-
» scripsit. »

Mais pour quelle raison, lorsque la loi accorde un délai de deux mois, le soixante et unième jour est-il encore utile? Ce n'est nullement parce que le jour *a quo* ne doit pas être compris dans le délai. C'est par la raison que, les mois étant tantôt de trente jours et tantôt de trente et un, il a paru favorable d'étendre à soixante et un jours le terme de deux mois. Telle est l'interprétation donnée par Pothier en ses Pandectes [2].

Il faut même remarquer que, dans les textes grecs, on ne trouve pas les mots *primo die*, mais seulement *sexagesimo*, et Cujas trouve que cette leçon s'accorde mieux avec la loi 30 D. *de adulteriis* [3].

295. C'était néanmoins une question extrêmement controversée parmi les interprètes du droit romain, que de savoir si l'on devait comprendre dans le délai le jour *a quo*.

Tiraqueau, qui l'a examinée dans son *Traité du retrait lignager* [4] et qui l'appelle *controversiosissima controversia*, compte vingt docteurs, y compris la Glose, pour l'opinion que le jour *a quo* ne doit pas être imputé dans le terme.

Mais le nombre de ceux qui tenaient l'opinion contraire n'était pas moins considérable, d'après l'énumération qu'en fait le même auteur, n° 20.

Néanmoins, il faut dire que si la première opinion avait contre elle les textes du droit, elle avait en sa faveur l'usage constant ; car il est certain qu'à force de distinctions et de limitations, on était parvenu, dans la pratique, à éluder l'application des lois romaines ci-dessus citées, et à les reléguer dans la classe des cas particuliers. C'est ce que sont forcés de reconnaître Fulgosius, Balde, Alexandre, Philippe Dèce, qui cependant cherchaient à plaider la cause des principes contre la routine, mais qui n'en attestaient pas moins ce fait, que, d'après une coutume générale, on avait abandonné la véritable règle du droit romain [5].

Dumoulin lui-même, si entier dans ses opinions, Dumoulin n'hésitait pas à s'incliner devant l'usage, quoiqu'il le reconnût contraire aux principes du droit.

« Pro brevi resolutione adverte, dit-il [6],
» quod, *quamvis jure regulariter tempus sta-*
» *tim currat de momento ad momentum*, ta-
» men *de consuetudine communiter observatur*
» quod dies a quo præfigitur terminus non
» computetur in termino, ut tradit *Baldus*
» in l. eos, § sin autem, c. de appellat.,
» *Alexander* in l. si quis cautio in jud. sist.,
» *Guido Papa* in decis delphin. 270, *Philip.*
» *Dec.* in cap. super eod. 2 gloss. fin. de
» appellat., et ita semper vidi *communiter*
» observari tam in præfectura parisiensi (le
» Châtelet) quam in hoc supremo senatu,
» sive terminus esset concessus a lege...
» sive terminus sit concessus ab judice.

» Sed adverte, quod ista *consuetudo et ob-*
» *servantia et interpretatio* inde resultans,
» habet locum in dubio, et quando non est
» alias præfixum certum principium cursui
» temporis. »

On peut encore voir au § 7 un autre cas où Dumoulin croit devoir renoncer aux routes tracées par le droit civil, pour suivre la maxime, dès lors consacrée par l'usage et par la jurisprudence, que *dies* a quo *non computatur in termino*.

---

[1] Croira-t-on que cette loi a été traduite de la manière suivante par Hulot : « Si quelqu'un a stipulé d'un » autre qu'il ferait telle chose avant sa mort, le jour » même où il meurt compte encore pour faire ce qu'il a » promis ! »
On voit par là combien il est dangereux de se fier aux traducteurs ! (*Voy.* Cujas, sur la loi 133, *de verb. signif.*)

[2] T. 3, p. 701, n° 17.

[3] Récit. solennelles sur le titre *de reg. juris*.

[4] § 1, glose XI, n°s 17, 61.

[5] Tiraqueau, *de retractu gentil.*, *loc. cit.*, n° 22.

[6] Cout. de Paris, *des Fiefs*, § 10, n° 2.

Tiraqueau [1] fléchit aussi devant l'usage et professe la même doctrine que Dumoulin. « Ego priorem partem sequendam esse potius arbitror (c'est-à-dire, que le jour *a quo* est exclu) tum quia de consuetudine solet » observari, tum quia in hoc dubio æquiorem ac benigniorem partem sequi debemus. Benignius autem et æquius est ne » quis, unius diei lapsu, excludatur a jure » sibi competente. »

Les auteurs plus modernes enseignent la même doctrine. Corvinus, après avoir cité Tiraqueau et Trentacinquius [2] estime que l'on doit suivre l'opinion de ceux qui veulent que le jour du terme soit exclu, et il déclare d'après Mysingerius, que cette pratique est suivie à la chambre impériale, *in camera imperiali* [3].

Voet professe la même doctrine [4] : « *Si* » intra triduum, verbi gratia, ex quo quid » factum gestumve fuerit, jubeatur quis... » aliquid agere, verius est ipsum illum » diem quo quid gestum est, aut quo decretum dilationis interpositum fuit non esse » commemorandum, sed præter illum diem, » tres alios, arbitro ejus qui dilationem impetravit, relictos esse. »

Même opinion dans Mornac [5], Brillon, (vº Délai), Ranchin (Quest. 272), Despeisses [6]. Cet usage était si général, que le droit canonique en suppose l'existence ; car on voit que le pape Grégoire IX, dans une décrétale de l'an 1230 [7], reconnaît la coutume d'intenter, dans l'an et jour du contrat, une action annale. Comme le fait remarquer Tiraqueau (nº 64), ce jour n'est évidemment ajouté à l'année que pour lever les doutes sur la question *an dies* a quo *computetur in termino*, maintenir la force de l'usage, et le faire prévaloir contre les docteurs qui dans l'école disputaient contre lui.

C'est aussi dans le même but que la coutume de Paris, art. 129, donnait *l'an et jour* pour exercer l'action en retrait lignager. Tiraqueau (nº 61) et Brodeau [8] disent que la coutume avait ajouté le jour à l'an « pour » signifier seulement *que l'an fût entier, sans* » *y comprendre le jour auquel on commençait* » *à compter.* » Et en effet, par ce tempérament, les deux opinions contraires se trouvaient conciliées. Ceux qui voulaient que, d'après les vrais principes, le jour du contrat fût compris dans le délai, étaient satisfaits, puisque dans le calcul de l'an et jour on devait comprendre le jour de la vente. De leur côté, ceux qui voulaient que le jour *a quo* fût exclu du délai, obtenaient en réalité ce qu'ils désiraient, puisque, au moyen de l'addition d'un jour, c'était comme si, l'an étant donné purement et simplement, on commençait à compter du lendemain de la vente [9]. Du reste, il est clair que la coutume voulait que l'usage l'emportât sur le droit : ainsi, c'était se conformer à son esprit que d'exclure, même dans les cas non exprimés, le jour servant de point de départ au délai. C'est ce qu'a fait Dumoulin dans les textes que j'ai cités ci-dessus.

Du reste, toutes les coutumes n'avaient pas été aussi soigneuses que celle de Paris pour éluder la question. Plusieurs n'accordaient qu'*un an, à compter du jour de la vente*. Néanmoins, le parlement de Paris jugeait comme si elles eussent accordé l'an et jour. Car il avait soin d'exclure du délai le jour du contrat, comme on le voit par les arrêts des 3 mars 1570, 2 avril 1575, 23 septembre 1578, rapportés par Charondas [10].

Ainsi, aux yeux du parlement, l'année accordée sans fraction, pour exercer le retrait, devait être calculée en excluant le jour *a quo*, de manière que le retrayant avait un délai égal à celui qu'accordaient les coutumes qui donnaient l'an et jour.

Un arrêt du 23 mars 1656, rendu sur les conclusions conformes de Talon, avocat général, a jugé la question dans le même sens, dans un cas où, d'après la coutume de Berry, le retrait devait être exercé *dans les soixante jours à compter du jour de la vendition*. On trouve le résumé des conclusions de Talon, *Journal des audiences* (T. 1, p. 660).

« La question de cette cause aboutit à savoir si le jour du terme est compris dans » le terme : en quoi il y a peu de difficulté, » d'autant qu'encore que la jurisprudence

[1] *Loc. cit.*, nº 22.
[2] Trentacinquius a composé plusieurs livres de *solutions pratiques*.
[3] *Cod. de dilat.*, lib. 3, tit. 11.
[4] *Ad Pand., de feriis et dilat.*, nº 14.
[5] Sur la loi 1, Dig. *si quis caution.*
[6] *Ordre jud.*, t. 1, nº 33.
[7] Décret. Greg., *de in integ. rest.*, cap. 8, p. 183.
[8] Cout. de Paris, art. 129, nº 13.
[9] *Voy.* Chopin, Anjou, liv. 3, chap. 3, nº 11. Pithou, Troyes, art. 114. Ferrières, Paris, art. 129, glose 6, nº 3. Pothier, Orléans, art. 363.
[10] Sur Paris, art. 130. (*Voy.* aussi Pothier, Orléans, *loc. cit.*, nº 6.)

» ait changé, néanmoins il est constant » qu'elle a été résolue par la différence du » terme *a quo*, et du terme *ad quem* : parce » qu'à l'égard du premier, tous les docteurs » sont convenus en ce point que la particule » *du*, qui répond à la particule *a*, est exclu- » sive du jour du terme. Mais à l'égard du » jour *ad quem*, ils sont tous demeurés d'ac- » cord qu'il faisait partie du terme. »

En ce qui concerne les actes de procédure, on avait été plus loin. On sait que l'ordonnance de 1667 excluait des délais le jour *a quo* et le jour *ad quem* [1].

Tel était donc l'état des choses, et l'on voit que les auteurs étaient devenus à peu près unanimes sur la question.

Mais cette loi de l'usage avait principalement lieu lorsque le législateur ou le juge se servaient d'expressions exclusives et séparatives, pour fixer le point de départ du délai. Ainsi, lorsqu'il était dit, *ea res fiet intra annum post diem contractus*, nul doute que le jour du contrat ne fût exclu ; les docteurs attribuaient le même sens exclusif et séparatif aux particules *a*, *abs*, comme par exemple : *sexaginta dies a die*, ou *abs die contractus*. Alors le jour du contrat n'était pas compté, et l'opinion commune était de donner à ces particules la même signification qu'à la préposition *post* [2].

Et je dois dire que l'opinion de Tiraqueau a ici d'autant plus de poids, qu'il ne tient pas ce langage comme une conséquence de la règle par lui admise, que *le jour* a quo *est exclu de droit ;* car il raisonne dans l'hypothèse où l'on devrait tenir pour constant qu'*il est inclus de droit ;* et alors, il fait remarquer qu'il faudrait faire une exception pour le cas où ces expressions *a*, *ab*, sont employées ; car de leur nature elles sont *exclusives*.

Quant à la particule *ex*, la plupart des jurisconsultes l'assimilaient aux prépositions *a* et *ab*. Mais les grammairiens faisaient une différence. *A* était exclusif : *a fundo venire*, ce n'était pas venir précisément de son fonds, mais d'un lieu proche de son fonds ; *ex*, au contraire, était inclusif : *ex fundo* venire, c'était venir *ex intimo ipso fundo* [3].

Mais, je ne sais si cette règle grammaticale n'était pas soumise à plus d'une exception.

Quoi qu'il en soit, notre langue, qui traduit *a* et *ex* par la même particule *du*, ne peut marquer la nuance qui sépare ces deux prépositions, que par le sens de la phrase. Or, en thèse générale, *du* étant exclusif et séparatif dans le sens grammatical, était pris dans le même sens par les jurisconsultes, à moins que la tournure de la phrase, ou une intention marquée, ne lui donnât un sens inclusif.

Il en était de même de l'expression *depuis*, qui, dans ses éléments, comprend le *post* des Romains ; et de celles-ci : « *à compter de tel jour, à dater de tel jour.* »

Ainsi, même en supposant que l'on dût tenir pour règle que *le jour* a quo *est inclus dans le terme*, néanmoins il fallait, d'après Tiraqueau, l'exclure tout à fait dans le cas où le législateur se serait servi de ces expressions : *du jour, à compter du jour, depuis le jour*, qui répondent à l'*a die* des Romains.

Par exemple, le juge se borne-t-il à dire : « L'adjudication est remise à soixante jours, » ceux qui veulent suivre les principes du droit romain pourront dire que le jour du jugement doit être imputé dans les soixante jours ; car le juge n'a rien dit qui l'en exclue.

Mais s'il ajoute : « L'adjudication est remise à soixante jours, à compter du jour du jugement, » ce jour devra être exclu.

J'ai suivi Tiraqueau dans l'hypothèse qu'il se fait, afin de mieux établir la force de ces expressions, *du jour, à compter du jour, depuis le jour ;* mais je répète que, par la pratique générale, les lois romaines étaient tombées en désuétude ; que la véritable règle de l'usage était que le jour *a quo* était exclu de droit. Et l'on peut invoquer en faveur de cette règle des témoignages si nombreux et si imposants, une jurisprudence si ancienne et si invariable, une coutume si invétérée et si bien attestée par ceux-là mêmes qui la blâment, qu'on peut la considérer comme ayant, en quelque sorte, acquis l'autorité de la loi ; car cette autorité est attribuée aux coutumes sanctionnées par le temps (L. 32, § 1, *de legib.*), et à la chose toujours jugée de la même manière (L. 38, *de legib.*)

297. Le Code civil et le Code de procédure n'ont rien changé à cet état de choses ; et ce serait venir un peu tard, que de vouloir

[1] Jousse, ord. de 1667, tit. 3, art. 6. Merlin. *Répert.*, v° *Appel*, p. 18, col. 1.

[2] Tiraqueau en a donné l'énumération, n°s 52, 53. Bartole, sur la loi *meminisse*, Dig. *de officio prætoris*.

[3] Cicer., *pro Cæcina*. Tiraqueau, n° 54.

nous faire oublier ce que des siècles ont consacré comme règle élémentaire, pour nous ramener à l'observation des lois romaines, abrogées, par un consentement général, par le droit canonique et par *les libertés* de notre droit français, si souvent indépendant de celui qui fut son guide et son maître. « Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt. » L. 33, Dig. *de legib*.

298. C'est cependant ce qu'a fait Merlin, aux mots *Délai* et *Prescription*.

Il soutient, contre ce qu'il avait d'abord enseigné [1], que l'on doit en revenir aux lois romaines qui avaient établi pour règle immuable que *dies* a quo *computatur in termino;* et qu'on le doit dire même lorsque la loi se sert des expressions *à compter du jour*, etc.; que, quoique l'habitude eût dérogé, à quelques égards, à cette maxime, néanmoins la jurisprudence était loin d'être universelle; que le Code civil en est revenu au véritable esprit du droit romain; qu'en effet, d'après l'art. 2260 sainement entendu, on doit faire entrer dans le calcul des prescriptions le jour à compter duquel on commence le cours; que les art. 1153, 26, 502, 2180, 2279, 1975 prouvent de plus en plus qu'il est dans le système de nos lois de comprendre généralement le jour du départ dans le délai, à moins que le contraire ne soit clairement ordonné par une disposition expresse, comme par les art. 1033 du Code de procédure et 373 du Code d'instruction.

Quant aux arrêts, Merlin n'en compte pas un grand nombre en sa faveur, et il ne cite pas tous ceux qu'on pourrait lui opposer.

Je vais répondre à chacune de ses raisons, et je crois qu'il me sera facile de prouver que sa doctrine ne doit pas être suivie.

299. Et d'abord, je repousse l'objection tirée du défaut d'uniformité de la jurisprudence et de l'usage. Fulgosius, Balde, Alexandre, Philippe Dèce, attestent que la coutume ne suivait pas la loi romaine à l'époque déjà ancienne où ils écrivaient. Dumoulin nous dit que cette coutume était *communément* observée, et qu'il l'avait vue *toujours* pratiquée au Châtelet et au parlement de Paris. Tiraqueau, contemporain de Dumoulin, se réunit à lui pour en attester la puissance et l'universalité. En vigueur dans l'immense étendue du territoire soumis au parlement de Paris, elle avait aussi jeté ses racines dans le ressort du parlement de Grenoble, d'après Guy-Pape (Décis. 270); elle dominait en Allemagne, d'après Corvinus et Mysingerus, et en Italie, d'après les mêmes Fulgosius et Balde, et les constitutions des papes en reconnaissaient même l'existence. Quand même quelques décisions isolées y eussent contrevenu, son autorité n'en serait ni moins universelle, ni moins imposante.

Mais à quoi se réduisent ces décisions? Merlin n'a pu en recueillir que trois sous l'ancienne jurisprudence.

L'une est du parlement de Rouen, du 17 août 1778; les deux autres, en date des 23 janvier et 12 juillet 1694, sont du parlement de Flandre.

Et encore peut-on dire que l'arrêt du parlement de Rouen est rendu dans un cas d'exception.

D'après l'art. 454 de la coutume de Normandie, les héritages vendus dans le *Pont-Audemer, Pont-Lévêque, Lisieux, Caen, Coutances, Avranches*, et autres endroits, *ès quels il n'y avait*, auparavant et d'après l'ancien coutumier, *que vingt-quatre heures de clameur*, pouvaient être retrayés dans les quarante jours de la lecture et publication du contrat.

Le parlement de Rouen jugea, par l'arrêt cité, que le premier des quarante jours devait être compris dans le terme.

Mais quelle fut la raison de cette décision? D'après l'ancien coutumier on ne donnait que les vingt-quatre heures de la lecture pour exercer le retrait. On comptait donc nécessairement alors *de momento ad momentum*. La coutume réformée, en prolongeant ce délai à quarante jours, ne rejette pas le jour de la lecture. On continue donc à calculer, comme on avait fait auparavant en comprenant le jour de la lecture. On voit que cet usage était fondé sur une circonstance particulière.

Restent donc deux arrêts du parlement de Flandre, et ce n'est pas avec leur secours qu'on prétendra soutenir la lutte contre la phalange nombreuse des autorités et des décisions contraires.

Merlin se prévaut encore des arrêts que le parlement de Paris a rendus dans les coutumes qui ordonnaient d'exercer le retrait dans l'an et jour. En effet, pour calculer ce délai d'an et jour, on imputait dans le délai

[1] Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 5, n° 9 *bis*.

le jour *a quo*. Mais je ne puis croire que ces arrêts soient favorables à la doctrine de Merlin. Car les coutumes dont il s'agit ne parlaient de l'an et jour, que pour exprimer *l'année non compris le jour de la vente*, pour décider, en faveur de l'usage, une difficulté que les auteurs discutaient encore, en opposant le droit romain à la pratique des tribunaux.

Je dois dire néanmoins que Merlin se montre ici fort incrédule ; car, de ce que ces coutumes n'exprimaient, ni dans leur texte, ni dans leurs procès-verbaux, le motif pour lequel elles exigeaient l'an et jour, Merlin ne croit pas qu'elles aient eu le but de confirmer la maxime « *dies* a quo *non computatur in termino*. »

C'est néanmoins ce qu'attestent presque tous les commentateurs des coutumes, et les auteurs les plus graves, tels que Tiraqueau et autres, que j'ai eu occasion de citer ci-dessus, et dont le suffrage mérite d'autant plus de poids, qu'il n'est pas facile d'apercevoir pour quel motif les coutumes eussent ajouté un jour à l'année.

En définitive, Merlin, qui avait à justifier la proposition que l'ancienne jurisprudence n'était pas universelle sur la maxime *dies* a quo *non computatur*, n'a pu retenir que deux arrêts perdus dans la foule, et émanés d'un parlement, qui sur beaucoup de points, avait une jurisprudence contraire à celle des autres cours souveraines.

300. Merlin passe ensuite à l'examen de la jurisprudence qui s'est écoulée depuis 1789 jusqu'à la publication des Codes. Deux arrêts seulement lui paraissent devoir être cités à l'appui de sa doctrine. L'un est un arrêt de cassation, 8 mai 1811, qui rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour de Bordeaux, qui avait jugé que, sous l'empire de la seconde loi du 11 brumaire an 7, art. 14, lorsque le tribunal renvoyait l'adjudication à trente jours, dans le cas où les enchères ne s'élevaient pas à quinze fois le revenu, on devait comprendre dans les trente jours celui où le renvoi avait été prononcé.

La cour de cassation a rejeté le pourvoi, parce qu'il n'y avait contravention à aucune loi [1].

On conviendra que l'arrêt de cassation ne prouve pas grand'chose, surtout si on se reporte au texte de la loi, qui se borne à dire, en termes généraux, que le renvoi aura lieu *à vingt jours au moins*, et *trente jours au plus*, sans s'expliquer autrement sur le calcul du temps [2].

L'arrêt de Bordeaux est-il plus significatif? D'abord, en adoptant le système de l'inclusion, cette cour n'a rien fait qui prouve la proposition principale de Merlin, savoir que ces mots « *à compter de tel jour* » sont inclusifs. La loi ne les emploie pas et se tait sur ce point de départ du délai. De plus, la cour a pu penser que, d'après les circonstances, la loi a voulu inclure le jour *a quo*. C'est une exception prévue par Tiraqueau (n° 35) : « Nono, limita ut non pro- » cedat regula, quando subjecta materia » ostendit tempus ipsum primum includi ac » computari in termino. »

Le second arrêt, cité par Merlin, est du 25 octobre 1818. Il est rendu dans un cas tout à fait semblable.

La loi du 20 septembre 1792, sur le divorce, porte : « L'époux demandeur en di- » vorce pour incompatibilité d'humeur, sera » tenu de se présenter en personne à l'as- » semblée; il entendra, ainsi que l'époux » défendeur, s'il comparaît, les représenta- » tions des parents ou amis, à l'effet de les » concilier; si la conciliation n'a pas lieu, » *l'assemblée se prorogera à deux mois*, et les » époux y demeureront ajournés. »

On voit que cette loi laisse dans le doute le point de départ des deux mois. Elle n'inclut ni n'exclut le jour de la prorogation : et la cour de cassation a bien pu, sans contrarier l'usage, établir que le législateur a exigé un délai juste de deux mois entre la première et la seconde assemblée.

Du reste, comme notre règle n'est pas sans exception, il arrivera toujours que pour certaines lois qui méritent d'être interprétées avec faveur, on pourra, sans violer les textes, donner à ces expressions, *depuis*, *à compter de*, un sens plutôt inclusif qu'exclusif. Merlin en donne un exemple dans un arrêt de cassation, 25 frimaire an 11, qui a jugé qu'un tribunal n'avait pas violé la loi en entendant le mot DEPUIS dans

[1] *Répert.*, v° *Appel*.

[2] Joignez à cela le penchant bien prononcé, et souvent légitime, de la cour de cassation pour les *rejets*. Quelque imposante que soit une maxime de droit, il y a une foule de nuances diverses qui peuvent la rendre inapplicable.

un sens *inclusif*. Merlin, qui alors n'était pas encore l'adversaire de la maxime *dies* a quo *non computatur in termino*, représente cette décision comme une exception dictée par la faveur des circonstances [1].

De même, lorsque le Code pénal dit, article 22, que la durée de la peine des travaux forcés et de la reclusion se comptera du jour de l'exposition, je pense que le jour de l'exposition doit être compris dans la durée de la peine, car ce serait ajouter par des fictions à la rigueur de la loi. Mais on sent que de tels cas ne peuvent tirer à conséquence. Au surplus un arrêt qui montre bien que dans les cas où ces motifs de faveur ne se rencontrent pas, on doit s'en tenir à la règle « *dies* a quo *non computatur in termino*, » c'est celui de cassation, 22 avril 1806, sur les conclusions de Merlin, et dans lequel elle a décidé qu'un acte fait le 25 messidor an 3 était valable nonobstant la loi du 25 messidor an 3 qui le défendait, à compter de ce jour même du 25 messidor an 3 [2].

301. Mais voyons si Merlin est plus heureux en voulant prouver que la publication de nos Codes a ramené les choses au véritable esprit du droit romain.

D'abord, j'interroge la jurisprudence, et je la trouve soumise à la maxime *dies* a quo *non computatur in termino*.

302. *Première espèce*. Attendu que l'article 1975 du Code civil exige que celui qui crée une rente viagère sur sa tête, survive au délai de vingt jours *de la date* du contrat; que si le jour de la date était compris dans les vingt jours, il n'y aurait pas vingt jours complets; que dans l'espèce particulière le contrat a été passé le 24 mai 1820; que le sieur Aubert est décédé le 13 juin suivant, d'où il suit qu'il est décédé dans les vingt jours, que le terme *a quo* ne devait pas y être compris, etc. — Rouen, 3 décembre 1821.

303. *Deuxième espèce*. L'art. 2154 du Code civil dit que les inscriptions conservent l'hypothèque pendant dix années *à compter du jour de leur date*. De là, question de savoir si le jour de l'inscription, qui est le jour *a quo*, doit être compris dans les dix ans fixés pour le renouvellement d'une inscription hypothécaire.

La cour de Colmar est la seule qui, à ma connaissance, ait décidé que le jour de l'inscription devait être compris dans le délai. Son arrêt est du 30 juillet 1813, et Merlin l'approuve fort [3].

Merlin cite encore un arrêt de cassation, du 17 juin 1817, où on lit qu'une inscription, prise le 14 avril 1799, aurait dû être renouvelée *avant* le 14 avril 1809. Mais je rejette cet arrêt; il n'avait pas la question à décider; il ne s'agissait pas de juger une inscription prise le 14 avril 1799, et renouvelée le 14 avril 1809. Il s'agissait d'une inscription qui n'avait pas été renouvelée du tout, ou qui avait été prise, tout au moins, après le 14 avril 1809. L'énonciation contenue dans le considérant de l'arrêt est donc une phrase peu méditée, et qui ne peut faire une grande impression. C'est une observation qu'a faite la cour de Bordeaux, et qui frappe par sa justesse. Merlin ne s'y tient attaché avec tant de force que parce que les monuments judiciaires qui rentrent dans son système, sont infiniment rares.

Mais dans le système contraire les arrêts se présentent en foule. J'en compte quatre de la cour de Bruxelles, des 20 février 1811, 26 juin 1813, 19 octobre 1815 [4] et 5 juin 1817. Par ces quatre arrêts le jour *a quo* est exclus.

Un cinquième de Caen, 19 février 1825, peut être cité non-seulement comme jugeant précisément la question pour l'exclusion, mais encore comme contenant une théorie développée sur le sens de ces mots *à compter*, *à partir*. « Toutes les fois, dit la cour, que » le législateur a fixé des délais dans le Code » de procédure, en se servant des mots *à* » *compter*, ou *à partir de tel jour*, ce jour n'a » jamais été compris dans le délai. Il existe » une foule d'arrêts qui l'ont ainsi décidé, » et la jurisprudence est maintenant fixe sur » ce point. »

Enfin la question s'est présentée à la cour de cassation, et elle a été jugée en thèse pour l'exclusion du jour de l'inscription, par arrêt du 5 avril 1825. On lit dans les considérants que ces expressions, *à compter du jour de sa date*, disent clairement que le jour où l'inscription a été faite n'est pas compris dans le délai [5].

[1] *Quest. de droit*, vº *Triage et papier monnaie*.
[2] *Répert.*, vº *Loi*, § nº 9 *bis*.
[3] *Répert.*, vº *Prescript.*, p. 438, col. 1, vº *Inscript.*, p. 448. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 17, 261.
[4] *Répert.*, vº *Inscript.*, p. 449. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 17, 261.
[5] *Répert.*, vº *Délai*, p. 39, col. 1.

Troisième espèce. Un jugement contradictoire avait accordé à une partie un délai de quinze jours, de la prononciation du jugement, sous peine de déchéance pour faire une option.

Arrêt de cassation, du 9 février 1825, duquel il résulte que le délai expire le 22 août. Or le 22 août n'est utile qu'autant que l'on exclut le 7 août, jour de la prononciation du jugement.

304. *Quatrième espèce.* Un jugement ordonnant une enquête avait été signifié à avoué le 7 août 1809. D'après l'art. 257 du Code de procédure civile, l'enquête devait être commencée, à peine de nullité, dans la huitaine *du jour* de cette signification.

Par arrêt du 7 mars 1814, la cour de cassation dit positivement que ce délai n'expirait que le 15 août. D'où il suit qu'elle exclut le 7 août, jour de la prononciation du jugement.

Cinquième espèce. D'après l'art. 157 du Code de procédure, le jugement par défaut, rendu contre une partie ayant avoué, n'est recevable que pendant huitaine, *à compter du jour de la signification* à avoué.

Dans un arrêt du 9 juillet 1812, la cour de cassation dit que, lorsqu'un arrêt de défaut est signifié le 9 juin 1810, l'opposition doit être formée le 17; et c'est bien là exclure le jour *a quo*.

Je conviens que dans ces deux arrêts la cour de cassation n'avait pas précisément à juger la question. Néanmoins elle fixe l'époque des déchéances d'une manière si certaine, qu'on la voit dominée par le principe que *dies* a quo *non computatur in termino*.

Merlin prétend [1] que la cour suprême n'a indiqué ces délais des 17 juin et 15 août que parce qu'ils étaient convenus entre les parties; mais je ne crois pas qu'on puisse adopter cette explication.

Des actes de procédure avaient été faits tardivement. La cour suprême a cru devoir indiquer aux parties dans quels termes elles auraient dû agir : elle l'a fait d'après ses propres lumières. Ce n'est pas une énonciation vague, jetée inutilement comme dans l'arrêt du 16 juin 1817, que je citais au n° 303; c'est une indication régulatrice, et évidemment calculée pour lever des doutes.

Du reste, la fixation déterminée par la cour de cassation s'accorde avec les règles données par l'usage constant, et par les auteurs les plus accrédités sur la procédure, tels que Pigeau et Carré.

Ce dernier auteur, en commentant le Code de procédure n'hésite pas à dire, sur l'art. 157 : « Toutes les fois que la loi se » sert des expressions *à compter du*, *à dater* » *du*, *depuis*, ou *à courir du*, le jour du dé» part n'est pas compris [2]. »

305. *Sixième espèce.* D'après l'art. 680 du Code de procédure la saisie immobilière doit être transcrite au greffe du tribunal où doit se faire la vente, et ce dans la quinzaine *du jour* de la transcription au bureau des hypothèques.

Une saisie immobilière transcrite au bureau des hypothèques le 17 juin 1819, n'avait été transcrite au greffe du tribunal que le 2 juillet suivant. On prétendit que cette inscription était tardive. La cour de Nancy décida qu'elle avait été faite en temps utile, parce que, d'après l'usage constant, on ne compte pas le jour *a quo*. Sur le recours en cassation, arrêt du 6 janvier 1822, portant: « Attendu que d'après l'art. 680 du Code de » procédure civile, le délai pour faire la » transcription d'une saisie immobilière, soit » chez le conservateur des hypothèques, soit » au greffe du tribunal, ne commence que » le jour qui suit la confection de l'acte qui » doit en précéder un autre; d'où il suit que » *l'usage constant est de ne pas compter dans* » *le délai, le jour* a quo. »

Cet arrêt n'empêche pas Merlin de persister dans son système. Il pense que la cour suprême aurait autrement jugé, si on eût mieux soutenu le pourvoi en cassation, si on eût prouvé que *de droit commun* le jour *a quo* ne devait pas être plus exclu que le jour *ad quem*, surtout si on eût montré à la cour de cassation son arrêt du 17 juin 1817 ci-dessus cité.

Invoquer le droit commun en faveur du système du demandeur en cassation, c'eût été invoquer sa condamnation. Quant à cet arrêt du 17 juin 1817, qui n'est pas même rendu sur la question, je doute beaucoup qu'il eût produit l'effet qu'en attend Merlin!

306. Il faut dire néanmoins que, dans sa lutte contre l'arrêt du 6 janvier 1822, Merlin ajoute une raison qui mérite un examen

---

[1] V° *Prescription*, p. 458, col. 1.

[2] On peut voir un résumé de la jurisprudence sur ce point dans une dissertation de Sirey, t. 15, 1re part., p. 402.

plus attentif que ses regrets sur la maladresse du demandeur.

Il remarque, en effet, que l'art. 680 ne fait pas courir un délai *du jour de la transcription*, mais *de la transcription* au bureau des hypothèques. C'est donc l'instant même de la transcription qui est ici le point de départ. Or, si la partie du jour qui s'écoule depuis la transcription est comprise dans le délai, il faut que ce jour y entre en totalité : c'est la conséquence nécessaire de l'art. 2260 du Code civil, portant que les prescriptions se comptent par jour et non par heure.

Cet argument n'est pas nouveau. Tiraqueau [1] cite plusieurs docteurs dont l'opinion est que la règle « *dies* a quo *non computatur in termino* » ne doit pas être étendue au cas où le délai court de l'acte, *ab actu*, et non pas du jour de l'acte, *non a die actus*. Car, disent-ils, lorsque le temps commence *a die actus*, il faut que le jour de l'acte soit fini. Mais lorsque le temps court de l'acte lui-même, il suffit que l'acte soit consommé ; le délai court dans ce cas *de momento ad momentum*.

Mais on a fort bien répondu à cette opinion que dans le langage des lois il n'y a pas de différence entre ces expressions *ab actu* et *a die actus;* qu'il était indifférent de dire, depuis le temps du contrat, ou depuis le jour du contrat [2].

Et, en effet, la loi 41, § 15, Dig. *fid. libert.* [3], emploie alternativement et dans le même sens cette locution *a die testamenti facti*, et celle-ci *a tempore facti testamenti*.

De même les lois 29, § 5, et 80, § 8, Dig. *ad leg. Juliam de adult.*, se servent dans une acception identique des mots *a divortio* ou *ex die divortii* [4]. C'est la remarque de Bartole sur la loi 29, § 8.

De même encore dans la loi 1, § 40, Dig. *de vi et vi armata* [5], on voit Ulpien dire tantôt *ex die quo quis dejectus est*, et tantôt *ex quo quis dejectus est*, comme s'il n'y avait aucune différence entre ces deux locutions.

C'est probablement pour cela que Dumoulin, profondément versé dans la connaissance des textes, n'est pas arrêté par ces nuances de langage, en commentant les deux articles suivants de la coutume de Paris.

« Le seigneur féodal, après le trépas de » son vassal, ne peut saisir le fief mouvant » de lui, ne exploiter en pure perte, *jusques » à quarante jours après ledit trépas.* »

Dumoulin n'hésite pas à dire que le jour de la mort doit être exclu en entier, d'où il suit que, selon lui, ces expressions *après ledit trépas* équivalent à celles-ci, après le jour du trépas.

Dans un autre lieu (§ x), la coutume de Paris dit : « Après que le vassal a baillé son » dénombrement au seigneur féodal, ledit » seigneur est tenu de blasmer ledit dénombrement dedans quarante jours *après icelui dénombrement baillé*, autrement ledit » dénombrement est tenu pour reçu. »

D'après Merlin, le délai aurait dû courir de l'instant même qui a suivi la remise du dénombrement. Mais Dumoulin ne s'arrête pas à cette subtilité grammaticale, et il enseigne que le délai commence le jour qui suit cette remise.

Je pourrais multiplier les citations, mais je serais entraîné dans des détails surabondants. J'en ai dit assez pour repousser l'objection de Merlin contre l'arrêt du 6 janvier 1822.

307. *Septième espèce*. L'art. 17 de la loi du 23 frimaire an 7 permet à la régie de requérir une expertise dans l'année à compter du jour de l'enregistrement du contrat, à l'effet de constater si le prix énoncé dans le même contrat est inférieur à la valeur réelle des biens.

21 août 1819, enregistrement d'un contrat.

21 août 1820, la régie fait signifier à l'acquéreur une requête au bas de laquelle est une ordonnance par laquelle est accueillie sa demande en nomination d'experts.

L'acquéreur oppose que la demande aurait dû être formée le 20 août et non le 21, et il s'appuie sur un arrêt de la cour de cassation de Liége.

Le tribunal de Malines accueille son système. Pourvoi en cassation devant la cour supérieure de Bruxelles.

Arrêt du 29 nov. 1822 qui casse, en se fondant sur ce que, d'après un usage constant reconnu par les auteurs et consacré

[1] § 1, glose XI, nos 24 et 55.
[2] Balde, sur la loi *scire oportet*, § *aliud autem*. Dig. *de excus. tutor*. Bartole, sur la loi *pater*, § *sexaginta*, Dig. *de adult*. Tiraqueau, *loc. cit.*
[3] Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 450.
[4] Idem, t. 3, p. 473, no 19, et p. 476, no 44.
[5] Idem, t. 3, p. 219, no 34.

par la jurisprudence, la phrase *à compter du jour* est toujours exclusive du terme qu'elle désigne comme point de départ [1].

Telle est la jurisprudence.

A part quelques exceptions bien rares, elle vient confirmer une pratique de plusieurs siècles, et enseignée par les auteurs et par les arrêts, dans l'école et au barreau. Il me paraît difficile de l'ébranler, surtout pour y substituer une opinion d'une excessive sévérité.

308. Je dois dire néanmoins qu'au milieu de cette foule d'arrêts qui se pressent dans nos recueils, j'en ai trouvé un de cassation du 12 oct. 1814, qui décide dans l'espèce suivante que le jour *a quo* doit être imputé dans le délai.

L'art. 60 de la loi du 22 frim. an 7 porte que, si la régie de l'enregistrement a à former une demande en supplément de perception, cette demande est prescrite *après deux années, à compter du jour de l'enregistrement.*

Une déclaration de succession fut faite le 21 septembre 1808. Le 20 septembre 1810 la régie fit signifier requête en supplément de perception, mais cette requête ne fut enregistrée que le lendemain 21. Aux termes de la loi, la requête devait être enregistrée dans le délai de deux ans pour que les droits de la régie fussent entiers. On soutint de la part des héritiers, que la signification de la requête et l'enregistrement auraient dû être faits le 20 septembre dernier jour du terme.

La régie opposa que le délai n'avait dû courir qu'en commençant au 22 septembre 1808, d'après la règle *dies* a quo *non computatur in termino,* et que par conséquent le 21 était le dernier jour utile.

Par l'arrêt ci-dessus la cour suprême repoussa ce système, et décida que le jour de la déclaration faite par les redevables comptait dans les délais. La régie fut donc déclarée déchue.

Mais si l'on considère qu'il s'agissait dans l'espèce des intérêts du fisc, qui dans le doute sont peu favorables, on pourra concevoir que la cour de cassation ait interprété la loi dans un sens inclusif et tendant à limiter ses droits. Néanmoins je dois dire que, dans mon opinion, cet arrêt est une anomalie, que les motifs que je viens de donner ne peuvent suffisamment expliquer. La cour supérieure de Bruxelles a suivi des idées plus droites et plus fermes dans l'arrêt tout à fait juridique rapporté plus haut (*espèce septième*). Au surplus, que peut cet arrêt du 12 octobre 1814, que l'on compte seul entre tant de décisions contraires? On l'aperçoit dans l'isolement comme une preuve, heureusement assez rare, de ces déviations et de ces écarts que ne peuvent prévenir les jurisprudences les mieux établies.

309. Je m'aperçois que cette discussion m'entraîne au delà de ce que j'avais d'abord prévu. Cependant, puisque je m'y suis engagé, je ne peux la terminer sans examiner les articles du Code civil, dont Merlin tire avantage pour poser les bases de son système.

Merlin a voulu rattacher le Code civil aux lois romaines, et prouver que dans la plupart des dispositions où il est question de fixation de délai, la loi actuelle, résistant à l'influence des idées modernes, a donné la préférence à la règle suivie par le droit romain, et si longtemps abandonnée. Il croit avoir donné la preuve de cette espèce de réconciliation, en citant quelques articles du Code où les mots *à compter,* etc., sont pris dans un sens inclusif. Mais après tout, que prouve cet état de choses? toute règle n'a-t-elle pas ses limitations? Tiraqueau comptait jusqu'à quinze exceptions à la maxime *dies termini non computatur in termino,* et cependant cette maxime n'était ni moins forte ni moins inébranlable.

Mais suivons notre auteur dans le détail des cas particuliers qu'il a recueillis.

310. D'après l'art. 26 du Code civil, les condamnations contradictoires n'emportent la mort civile qu'*à compter* du jour de leur exécution.

Je n'examinerai pas la question de savoir si la mort civile commence à la première heure du jour de l'exécution ou seulement au moment de l'exécution. Cette question est difficile, et m'entraînerait trop loin. Je dirai seulement qu'il est certain que, dans toute la portion du jour qui s'écoule depuis le moment même de l'exécution, le condamné est déjà mort civilement, et qu'ici les mots *à compter* sont pris dans un sens inclusif.

Mais quelle en est la raison? La mort civile imite la mort naturelle. Or, la mort naturelle ne peut être suspendue et retardée par des fictions de droit et par des supputations artificielles. Donc la mort civile doit

[1] *Répert.*, v° *Prescript.*, p. 440, 441.

également produire un effet actuel, dès l'instant même de l'exécution; sans cela elle ne serait plus une imitation de la mort naturelle, et l'on se trouverait conduit à ce résultat absurde, qu'un homme retranché de la vie civile par la main de la justice serait encore citoyen français jusqu'à la fin du jour de son exécution, et que probablement aussi le criminel tombé sous le glaive vengeur conserverait encore pendant quelques heures la vie naturelle!... Or, nous sommes précisément ici dans cette exception prévue par Tiraqueau : « Septimo, limita non pro» cedere *si sequeretur absurdum.* » Où bien dans celle-ci : « Nono, limita ut non pro» cedat, quando subjecta materia ostendit » tempus ipsum primum includi [1]. »

311. L'art. 502 du Code civil dit que l'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet *du jour* du jugement.

Nul doute que ces mots ne soient pris ici dans un sens inclusif. Il s'agit de déterminer un état, une capacité. Or, l'état de l'homme est quelque chose de continu; une fois constaté, il ne peut être soumis à des délais, à des conditions. Le jugement qui le fixe est purement déclaratif de ce qui existe déjà. Il saisit, par conséquent, *hic et nunc*, et l'effet n'en peut être retardé sans violer les lois de notre existence morale. Je retrouve donc encore ici les deux limitations de Tiraqueau.

312. Suivant l'art. 1153 du Code civil, les intérêts d'une créance demandée en justice sont adjugés *du jour de la demande,* et on ne peut douter que les intérêts, même du jour où la demande est formée, ne soient dus comme ceux des jours suivants.

En voici la raison. La demande formée en justice est le moyen de mettre un débiteur en demeure (1139 du Code civil). Or, les intérêts sont dus aussitôt que le débiteur est constitué en état de demeure, d'après l'art. 1146. Donc, les intérêts dont parle l'art. 1153 sont dus dès le jour même de la demeure. C'est la conséquence inévitable de la combinaison de ces divers articles, et de la force des choses. « Nono, limita ut non » procedat, quando subjecta materia osten» dit tempus ipsum primum includi. »

J'ose croire que ces trois exemples ne portent aucune atteinte à notre maxime. D'ailleurs, comme Merlin le reconnaît lui-même, les articles du Code dont il vient d'être parlé n'indiquent nullement des points de départ pour des délais; ils indiquent seulement le commencement d'un droit ou d'un état de choses illimité. Ce qui est fort différent.

313. Viennent ensuite les art. 2180, 2279, 2262 et 1975, cités par Merlin. Mais ici la thèse change, et notre auteur (à ce qu'il me semble) ne justifie que ces articles lui sont favorables qu'en décidant la question par la question.

D'abord, en ce qui concerne l'art. 1975, j'ai cité ci-dessus (*première espèce*) un arrêt de Rouen, qui décide que le jour *a quo* doit être considéré comme exclu.

Quant aux autres articles, toute la question est de savoir si, lorsqu'il s'agit d'une prescription ou d'une déchéance, le jour *a quo* doit être compris dans les délais. Merlin s'efforce de prouver l'affirmative (vº *Prescription*). Mais, comme il ne peut montrer un seul texte du Code civil qui justifie sa proposition, je suis fondé à croire que les choses ont continué à être, sous le Code civil, ce qu'elles étaient auparavant, et que cette innovation, que Merlin nous avait dit avoir été produite par nos Codes, n'est pas une réalité.

Dans tous les exemples ci-dessus rappelés, il s'agit de déchéances ou de prescriptions abrégées, et l'on a vu la jurisprudence constamment exclure le jour *a quo,* soit qu'il s'agisse de délais fixés par le Code civil ou de procédure.

Je dis qu'on doit décider la même chose à l'égard de toute prescription quelconque.

Tel est l'avis de Dunod dans son *Traité des prescriptions.* Cet avis est fondé sur l'usage enraciné, et sur cette coutume universelle dont j'ai parlé plus haut. Pour que le Code civil eût changé quelque chose à une opinion si fortement entée dans les esprits, il faudrait qu'il l'eût explicitement annoncé; sinon, le Code civil devra être interprété par la jurisprudence admise à l'époque de sa promulgation, et non pas par les lois romaines, depuis longtemps mises à l'écart. Or, le Code garde le silence sur la question, et dès lors se trouve renversée toute l'argumentation développée par Merlin (vº *Prescription*), argumentation fondée tout entière sur cette équivoque, que les lois romaines doivent servir, dans l'espèce, de supplément au Code civil.

Mais, dit Merlin, l'orateur du gouvernement a annoncé que le Code a voulu indiquer *de quel jour commence la prescription.*

[1] § 1, glose XI, nºs 33, 35.

C'est évidemment dans l'art. 2260 qu'il faut chercher cette intention. Or, cet article dit que *la prescription se compte par jour et non par heure*. Dans quelle vue parle-t-il ainsi? Ce n'est pas pour établir que, par rapport au dernier jour du terme, les heures ne sont rien, et qu'il faut que ce dernier jour soit accompli dans son entier, car l'art. 2261 en porte une décision expresse, et la loi eût fait pléonasme. Cet article n'a donc pu avoir en vue que le commencement de la prescription. Or, en disant que la prescription se compte par jour, et non par heure, il fait entendre clairement que le jour à compter duquel la prescription commence est compris dans la période de temps qu'il faut qu'elle décrive pour remplir son objet.

Ce raisonnement ne me touche pas. Je lui oppose immédiatement cet autre argument du même genre qui le rétorquera, mais ne videra pas le litige. J'admets que l'art. 2260 ait voulu déterminer le point de départ de la prescription. S'il dit qu'il faut compter par jour et non par moment, c'est pour faire manifestement entendre que les heures du premier jour de la possession doivent être rejetées, et qu'on ne doit commencer à compter que du commencement du jour suivant. Car il ne peut être dans l'intention de la loi de compter utilement le premier jour tout entier, puisqu'on n'a pas possédé ce premier jour tout entier.

Qui décidera entre l'argument de Merlin et le mien? L'usage, l'interprétation commune, la jurisprudence antérieure et postérieure au Code, l'opinion à peu près unanime des auteurs : or, tout cela est contre Merlin.

Je ne puis me dissimuler que cette dissertation ne soit fort longue. Mais les doctrines de Merlin ont un si grand poids, qu'on ne peut le combattre légèrement [1].

314. Je me résume en appliquant à notre article ce qui vient d'être dit.

Le jour *a quo* ne doit pas être compris dans le délai, à moins d'une intention contraire manifestée par le législateur. Cette intention ne se montre pas ici. Le jour de l'acte de partage ou de la licitation doit donc être exclu. Peu importe que notre article fasse courir le délai *à dater de l'acte de partage* et non *à dater du jour de l'acte de partage*. Ces deux locutions sont identiques, ainsi que le prouvent les exemples que j'ai cités ci-devant.

314 *bis*. Si l'acte de partage est sous seing privé, le délai ne courra pas à compter de l'enregistrement, mais à compter de la date de l'acte, qui pourra toujours être opposée au copartageant qui y a été partie, ou à ses ayants cause [2].

314 *ter*. Au surplus, il faudra faire attention de ne pas se tromper sur le véritable caractère de l'acte qui sera la base du privilége, et de ne pas confondre, par exemple, un partage provisoire avec un partage définitif, etc. Souvent l'erreur sur la nature plus ou moins provisionnelle de l'acte pourrait donner lieu à une déchéance, et faire déclarer tardive une inscription qui, au fond, prendrait son véritable appui ailleurs que dans l'acte provisoire d'où on voudrait faire sortir le privilége [3].

315. Lorsqu'il s'agit de partage d'ascendants, si le partage est fait par acte entre-vifs, le délai de soixante jours court de l'acceptation; s'il est fait par testament, le délai court du jour du décès [4].

315 *bis*. D'après l'art. 834 du Code de procédure, toute inscription doit être prise au plus tard dans la quinzaine qui suit la transcription de l'acte translatif de propriété. Il est cependant ajouté par le même article que cette obligation ne préjudicie pas aux droits résultant aux héritiers [5] de l'article 2109 du Code civil.

Or quel est le droit que l'art. 2109 du Code civil concède aux héritiers? C'est qu'il

[1] Un arrêt fort bien motivé de la cour de cassation de Bruxelles, du 27 octobre 1834, t. 3, p. 209 du *Bulletin de ses arrêts*, a admis aussi que, dans le cas de l'art. 2265 du Code civil, le jour du terme *a quo* doit être compté.
(*Note de l'éditeur belge*.)

[2] Persil, art. 2109, nº 7. Favard, *Privilége*, sect. 4, nº 8. Merlin, *Répert.*, vº *Privilége*, sect. 5, nº 7. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 17, 126, nº 3.

[3] *Voy*. une espèce jugée en cassation, le 17 fév. 1820. — Le délai de soixante jours déterminé par l'art. 2109, Code civil, pour l'inscription du privilége des cohéritiers sur les immeubles de la succession à raison des soultes et retours de lots, commence à courir du jour de tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision entre les cohéritiers. Peu importe que cet acte ne comprenne que certains objets de la succession, comme, par exemple, les immeubles, et laisse les meubles dans l'indivision. Si donc le privilége n'a été inscrit qu'après les soixante jours, il dégénère en simple hypothèque sur les immeubles de la succession. (Rejet, 23 juillet 1839. Sirey, t. 39, 1re part., p. 560. Lyon, 29 déc. 1835. Sirey, t. 36, 2e part., p. 454.)

[4] Grenier, t. 2, nº 407. Persil, *Quest.*, t. 1, chap. 6, § 8. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 17, 126.

[5] Ce qui s'étend aussi à tous copartageants.

leur suffit de prendre inscription dans les soixante jours à compter de l'acte de partage pour conserver leur privilége. Il suit de là que si un des héritiers aliène l'immeuble héréditaire grevé du privilége de soulte, le lendemain, par exemple, de l'acte de partage, et que l'acquéreur fasse transcrire huit jours après, le cohéritier privilégié n'en aura pas moins jusqu'au soixantième jour pour prendre son inscription; l'obligation de se faire inscrire dans la quinzaine, ne lui sera pas applicable, et il conservera son privilége à l'égard des autres créanciers de son cohéritier.

316. Mais ici se présente une difficulté résultant de l'art. 835 du Code de procédure.

Cet article 835 dit : « Le nouveau propriétaire n'est pas tenu de faire aux créanciers dont l'inscription n'est pas antérieure » à la transcription de l'acte, les significations prescrites par les art. 2183 et 2184 » du Code civil; et dans tous les cas, faute » par les créanciers d'avoir requis la mise » aux enchères dans le délai et les formes » prescrites, le nouveau propriétaire n'est » tenu que du payement du prix, conformément à l'art. 2186 du Code civil. »

D'après cela, on voit que l'acquéreur qui ne trouve pas d'inscription prise avant la transcription de son acte, n'est pas obligé de faire à l'héritier, créancier des soultes, les notifications nécessaires pour provoquer les enchères. Dès lors, l'héritier se trouve presque toujours privé d'un droit dont l'utilité est frappante (*supra*, n° 283), quoique cependant il ne soit pas en faute, quoiqu'il ne fasse que se reposer sur un délai que la loi lui accorde. Je sais bien qu'il peut, même sans notification, se présenter pour surenchérir, pourvu qu'il arrive dans les délais. Mais on sent que lorsque la notification ne vient pas mettre le créancier en demeure de surenchérir, la connaissance des diligences de l'acquéreur pour purger, devient extrêmement chanceuse, et que le créancier est fort exposé. Or s'il ne requiert pas la mise aux enchères dans les délais prescrits, le nouveau propriétaire n'est tenu que du prix, et l'on a déjà vu plus haut quelles sont pour les créanciers les conséquences funestes de cet état de choses (*supra*, n° 283).

317. J'ai dit que le cohéritier, quoique n'ayant pas reçu de notification, peut néanmoins requérir la mise aux enchères. Mais pour cela il faut deux conditions, la première qu'il se fasse inscrire, la seconde qu'il se fasse inscrire dans la quinzaine de la transcription.

Il doit nécessairement se faire inscrire; car d'après l'art. 2185 du Code civil, le droit de surenchérir et de faire porter la vente de l'immeuble à sa vraie valeur n'appartient qu'au créancier dont le titre est inscrit.

Il doit se faire inscrire dans la quinzaine et accélérer son inscription : car s'il attendait plus tard que la quinzaine, quoiqu'il fût encore dans les soixante jours, il perdrait le droit précieux de surenchère, et n'aurait qu'un privilége sur le prix fixé par le contrat.

Ceci paraîtra contradictoire avec ce que j'ai dit tout à l'heure, savoir, que le cohéritier n'est pas tenu de s'inscrire dans la quinzaine, pourvu qu'il soit encore dans les soixante jours. Mais nous marchons dans des routes tortueuses et incertaines. Il faut plus que jamais prendre garde de se laisser aller aux apparences. Ce n'est qu'en distinguant très-soigneusement les cas, qu'on peut sortir de ce labyrinthe difficile.

Oui, sans doute, il est vrai que le cohéritier peut se faire inscrire après la quinzaine de la transcription, pourvu que ce soit dans les soixante jours. Mais cette inscription ne conserve son privilége que contre les créanciers de son cohéritier, et ne lui laisse d'autre droit que de venir sur le prix.

Mais à l'égard de l'acquéreur, ce n'est pas de préférence sur le prix qu'il s'agit. C'est du droit de surenchérir, droit réservé par la loi aux créanciers privilégiés et hypothécaires, afin qu'ils ne soient pas frustrés, et que si l'évaluation du prix a été portée à une fixation trop minime, ils la fassent porter à son juste taux. Or, ce droit ne se conserve à l'égard de l'acquéreur que par l'inscription prise par le créancier dans la quinzaine de la transcription; l'art. 834 du Code de procédure est général; il s'applique à tous les créanciers quelconques. Il dit d'une manière illimitée que ceux qui ne seront pas inscrits au plus tard dans la quinzaine, ne pourront requérir la mise aux enchères. Ainsi le cohéritier, qui veut se réserver le droit de surenchérir, n'est pas plus exempt que les autres de prendre inscription dans la quinzaine. Si dans le paragraphe final de l'art. 834, il est ajouté « *sans préjudice des droits du cohéritier*, » cela ne veut dire autre chose sinon que, bien que déchu du droit de surenchérir, le

cohéritier qui s'inscrit dans les soixante jours, n'en conserve pas moins son privilége sur le prix à l'égard des créanciers de son cohéritier [1].

On ne peut douter que tel ne soit le sens de l'art. 834 et de l'art. 835, d'après ce que disait Tarrible, orateur du tribunat [2]. « Si » la vente du fonds affecté à la soulte ou au » prix de la licitation était faite et transcrite, » même pendant le délai de soixante jours » accordé au copartageant, ce dernier ne » conserverait la faculté de surenchérir envers le nouvel acquéreur, qu'*en accélérant* » *son inscription*, et en la plaçant au moins » dans la quinzaine de la transcription de la » vente...

» Ainsi ce projet a distingué, comme il le » devait, la faculté de surenchérir, qui est » commune à tous les créanciers, soit pri- » vilégiés, soit simplement hypothécaires, » d'avec le droit de préférence sur le prix, » qui est l'apanage des priviléges. La faculté » de surenchérir envers le nouveau proprié- » taire est soumise pour tous à une règle » uniforme; et le droit de préférence est » conservé aux privilégiés envers les autres » créanciers, tel qu'il était auparavant. »

Telle est aussi l'interprétation de Grenier [3]. Mais, quoiqu'elle soit la seule légitime, il n'en est pas moins vrai qu'elle conduit à des résultats bizarres, que le panégyrique de Tarrible ne doit pas nous faire perdre de vue.

En effet, la quinzaine de la transcription passée sans inscription prise par le copartageant, il est certain que *le droit de suite* est éteint, et que l'immeuble est purgé de la charge qui le grevait.

Mais alors, n'y a-t-il pas une véritable inconséquence à autoriser le copartageant à prendre inscription, postérieurement à cette quinzaine, à l'effet de conserver son *droit de préférence* entre créanciers? Inscription sur quoi? sur un immeuble qui n'a plus à redouter le droit qu'on inscrit; sur un immeuble dégrevé du privilége (*supra*, n° 282). Voilà ce que veut le législateur; mais le bon sens approuve-t-il cette volonté? Certainement, je conçois bien que le droit de préférence puisse subsister, quand le droit de suite est éteint [4]. Ces deux droits sont différents l'un de l'autre, et le second peut survivre

---

[1] Troplong retombe ici dans l'opinion de Delvincourt, qu'il a combattue avec beaucoup de ténacité (n° 282, *supra*) et tous les arguments qu'il y produit peuvent lui être complétement rétorqués ici. En effet, sur quoi le copartageant pourrait-il prendre inscription après le délai de quinze jours fixé par l'art. 834 pour la conservation de son privilége sur le prix, si après cette quinzaine l'immeuble grevé était libéré? surtout si, comme il l'affirme si positivement au n° 283, le défaut d'inscription dans la quinzaine de l'art. 834, lui fait perdre le droit de surenchérir et que la perte du droit de surenchère ôte à l'hypothèque, comme au privilége, toute sa vigueur; qu'elle le prive, en un mot, des moyens d'élever l'immeuble à sa vraie valeur et *de toucher le prix*. La contradiction est manifeste. Ou Delvincourt avait raison, ou Troplong a tort ici. Quant à nous, nous n'avons pas admis l'opinion de Troplong à l'endroit indiqué relativement au privilége du vendeur. *Voy.* la note sur le même n° 282.

Ici il faut donner aux dernières expressions de l'article 834 : *sans préjudice des autres droits résultant aux héritiers, de l'art.* 2109, Code civil, une interprétation compatible avec la réserve expresse de tous ces droits, parmi lesquels est compris le droit de suite et d'inscription pendant soixante jours à dater de l'acte de partage, sauf le droit de surenchère que l'acte limite expressément pour tous, sans distinction de privilégiés ou d'autres créanciers, à quinzaine après la transcription. Le copartageant ne sera donc astreint à s'inscrire dans le délai de quinzaine, que pour pouvoir surenchérir.

Cela posé, et la chose nous paraît irréfragable, il y aura nécessité aussi, par une conséquence ultérieure, pour le tiers acquéreur qui veut opérer la purge, d'attendre l'expiration du même délai de soixante jours. Car si l'art. 2186 porte « qu'à défaut, par les créanciers, d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrits, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout privilége et hypothèque, en payant ledit prix aux créanciers qui seront en ordre de recevoir, ou en le consignant. » Cet article doit s'interpréter sous l'influence des modifications apportées au système du Code civil, par l'art. 834 du Code de procédure, et ces mêmes modifications doivent, alors encore, subir les réserves et exceptions énoncées dans la phrase finale de l'article, au sujet des droits acquis à l'héritier par l'art. 2109 du Code civil. Le tiers acquéreur peut savoir d'ailleurs, par le titre de son auteur, que l'immeuble qu'il acquiert provient de partage et qu'il ne pourra purger, au plus tôt, qu'après soixante jours à dater de ce titre.

Peu importe, contre la force de cette déduction logique, toute basée sur les textes formels de la loi, l'opinion contraire de Tarrible, orateur du tribunat. Une opinion à laquelle résiste le texte formel de la réserve de l'art. 834, surtout de la part d'un orateur qui n'était pas l'organe du gouvernement, auteur du projet de la loi, ne peut être que la manifestation d'un vœu que le projet fût ainsi compris. La rédaction définitive du projet n'a pas cédé devant ce vœu.

Remarquez en passant, que la réserve formelle contenue dans les derniers mots de l'art. 834 ne s'étendant que sur les droits acquis par les art. 2108 et 2109 du Code civil, les autres créanciers privilégiés, architectes, légataires et créanciers de la succession, restent dans l'obligation d'inscrire leur privilége dans la quinzaine de la transcription, sous peine de déchéance, quoique ces derniers aient six mois en vertu de l'art. 2111, parce que l'exception de l'art. 834 ne porte pas sur cet article. *Inclusio unius est exclusio alterius.*

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Locré, Code de procédure civile, sur les art. 834 et 835. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 17, 128, n° 5.

[3] Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 400.

[4] *Supra*, n° 274. *Infra*, n°s 923, 983, 984.

au premier. Mais c'est à la condition qu'on ne lui imposera pas l'accomplissement d'une obligation qui, de droit, est inexécutable. Or, c'est ce que fait ici le législateur dans son système composé d'idées hétérogènes. Il veut qu'on s'inscrive, lorsqu'il n'y a plus d'immeuble pour prendre inscription.

On conçoit qu'il faut des textes bien positifs pour que notre raison se prête à ces anomalies. C'est parce que les textes n'existent pas à l'égard du privilége du vendeur que nous avons refusé ci-dessus (n° 282) d'adopter des interprétations qui étendaient jusqu'à lui ce système bizarre. Mais ici la loi est formelle [1]. Le délai de soixante jours appartient tout entier au copartageant. Il faut lui permettre de s'inscrire, tant qu'il n'est pas écoulé, quelle que soit la singularité qui résulte de cet état de choses. L'art. 834 dans son paragraphe final dit positivement que telle est la conséquence de l'art. 2109 du Code civil; il donne à cet article cette interprétation, et il veut qu'on la respecte, puisqu'il en fait une réserve expresse. Il ne peut donc pas y avoir lieu à équivoque.

318. Si le copartageant ne prend son inscription qu'après les soixante jours, il est clair qu'il descend dans la classe des créanciers hypothécaires, et que son rang dépend de l'époque de l'inscription, d'après l'article 2113 du Code civil.

318 *bis*. Il me reste à dire que des doutes se sont élevés sur ce qu'on doit entendre par ces mots de notre article, *à compter de l'acte de partage*. Qu'est-ce, à vrai dire, que l'acte de partage? est-ce celui qui assoit la propriété dans les mains de chaque héritier? ou bien n'est-ce pas plutôt l'opération qui liquide les droits respectifs, et fixe définitivement l'état de situation de chaque héritier relativement à son consort? Cette question se présente fréquemment dans le cas où la licitation d'immeubles impartageables précède la liquidation. Voici la solution qu'elle doit recevoir.

Un partage est un acte qui fait cesser l'indivision et déclare la part distincte et séparée qui revient à chaque héritier dans les choses de la succession. Toutes les fois que, par une opération quelconque, un immeuble ou un meuble sort de l'état d'indivision entre plusieurs pour tomber dans le domaine exclusif d'un seul, il y a partage. A la vérité ce partage peut n'être que partiel; il peut laisser l'indivision se continuer à l'égard d'autres émoluments héréditaires, et ne pas embrasser la totalité de l'actif et des charges; des répétitions et des retours peuvent être encore en suspens, en un mot les bases d'une égalité définitive et complète peuvent n'avoir pas encore été arrêtées. Mais il n'est pas moins évident qu'en ce qui concerne l'immeuble licité, l'indivision n'existe plus. Or, là où il n'y a pas indivision, il n'y a plus lieu à partage. D'avance, le partage a été consommé. Un intérêt exclusif a pris la place d'un intérêt commun.

Ces idées tranchent la question sous le point de vue logique, et quand on invoque la liquidation non encore effectuée pour jeter du doute sur l'existence définitive du partage, on confond deux moments très-distincts dans l'apurement d'une succession, savoir, l'attribution de la propriété et le règlement de l'égalité entre cosuccesseurs. La première opération peut précéder et précède souvent la seconde, et elle se suffit à elle-même comme contenant investissement de droits certains. Toutes ces notions se comprendront aisément, si l'on veut surtout ne pas prendre le mot partage dans le sens large qu'on lui attribue souvent, dans la vue d'embrasser sous une expression complexe la série d'opérations assez compliquées qui ont pour but de fractionner une succession, une communauté, en parties égales ou proportionnelles. Dans le sens exact, le mot partage a beaucoup moins de portée. Il n'implique que l'idée du contraire de l'indivision. Dès l'instant que l'indivision s'évanouit, tout est dit en fait de partage; il peut bien y avoir une liquidation ultérieure à faire pour conserver l'équilibre, mais le partage proprement dit n'est pas moins réalisé.

Ce que le raisonnement vient de nous dire, le texte de l'art. 2109 le proclame hautement. Chacune de ses expressions démontre que l'attente de la liquidation n'a nullement frappé le législateur. Supposant qu'une licitation a eu lieu entre cohéritiers, il pose pour point de départ de l'inscription, non l'époque à laquelle les parties se sont réglées sur leurs retours, récompenses et répétitions respectives, mais l'époque de l'adjudication; et cependant il n'ignorait pas que la part que chacun des héritiers pourrait avoir à prendre dans le prix, dépend souvent

---

[1] Voy. *infra*, n° 327 *bis*. Je reviens sur une question analogue, en examinant ce qui concerne l'inscription pour séparation de patrimoines.

de compensations et de calculs qu'une liquidation est seule de nature à établir. Mais cette part n'est pas ce qui importe au législateur ; car l'inscription a la faculté de s'étendre sur la totalité du prix, et par ce moyen tous les droits sont garantis. Mais ce qui a frappé le législateur, c'est la cessation de l'indivision ; c'est cette transformation du droit de tous en un droit exclusif, c'est cette attribution de la propriété qui, ouvrant un ordre de choses tout nouveau, place les intéressés en demeure de prendre inscription.

Du reste, la question a été trois fois jugée en ce sens par les cours de Bordeaux (15 juin 1831), Paris (7 février 1833) et Lyon (21 février 1832) [1]; quant à l'arrêt de cassation, que nous avons cité au nº 314 *ter*, il est trop dominé par les points de fait déclarés constants par la cour royale, pour qu'on puisse y voir une objection contre notre manière de voir.

ARTICLE 2110.

Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers, employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages, et ceux qui ont, pour les payer et rembourser, prêté les deniers dont l'emploi a été constaté, conservent, par la double inscription faite 1° du procès-verbal qui constate l'état des lieux, 2° du procès-verbal de réception, leur privilége à la date de l'inscription du premier procès-verbal.

SOMMAIRE.

319. Nécessité d'une double inscription. Le prêteur de deniers n'a pas besoin de faire inscrire les actes qui constatent son prêt.
320. Quand la double inscription doit-elle avoir lieu, en cas d'aliénation de l'immeuble?
321. Distinctions.
322. L'inscription du constructeur a-t-elle un effet rétroactif, ou bien le privilége ne prend-il date que du jour de l'inscription du premier procès-verbal?

COMMENTAIRE.

319. Comme les autres priviléges, celui dont il est ici question est soumis à des conditions de publicité. Les ouvriers et les prêteurs de deniers doivent faire inscrire le premier procès-verbal, c'est-à-dire celui qui constate l'état des lieux, et le procès-verbal de réception des lieux [2].

Les prêteurs de deniers pour travaux n'ont pas besoin de faire inscrire les actes qui constatent les sommes prêtées. La loi ne l'exige pas, et cette formalité est d'ailleurs assez inutile, car il importe peu aux autres créanciers que le privilége soit exercé par les ouvriers eux-mêmes ou bien par ceux qui leur sont subrogés [3].

La double inscription ordonnée par notre article était le meilleur moyen pour donner de la publicité au privilége des ouvriers et du prêteur de deniers.

On voit par cette formalité l'état de l'immeuble au moment où les travaux sont commencés, les réparations dont il avait besoin,

---

[1] Le délai de soixante jours accordé aux copartageants pour faire inscrire leur privilége sur les immeubles adjugés à l'un d'eux par suite de licitation court, aussi bien à l'égard des mineurs qu'à l'égard des majeurs, du jour de la licitation, et non pas seulement du jour du jugement qui homologue la liquidation. (Cass., 15 juin 1842, cass., 23 juillet 1839.)

[2] L'inscription de ce deuxième procès-verbal a pour but de faire connaître le maximum de la créance privilégiée. L'art. 13 de la loi du 11 brumaire an 7 est ainsi conçu :

« Le procès-verbal qui constate les ouvrages à faire » doit être inscrit *avant* le commencement des réparations, et le privilége n'a d'effet que par cette inscription. » Celui de réception des travaux doit être également inscrit, à l'effet de déterminer le maximum de la créance » privilégiée. »

[3] Merlin, *Répert.*, vº *Privilége.*

les ouvrages qui l'ont amélioré, et dont le second procès-verbal constate les valeurs, c'est-à-dire le maximum de la créance privilégiée [1].

320. Notre article n'exige pas que les deux procès-verbaux soient inscrits ensemble. Ils peuvent être inscrits séparément, pourvu que ce soit en temps utile.

Grenier se propose la difficulté suivante, qu'il résout ainsi [2] : Des constructions considérables ont lieu. Avant leur *perfection* et leur réception, le propriétaire vend l'immeuble dont elles augmentent la valeur. Si l'architecte ne pouvait conserver son privilége qu'en inscrivant les deux procès-verbaux dans la quinzaine, il faudrait qu'il y renonçât; car comment inscrire le second procès-verbal, puisque les travaux ne sont pas encore finis, et qu'il y a, par conséquent, impossibilité que ce procès-verbal soit rédigé? Le privilége sera donc conservé par l'inscription du premier procès-verbal dans la quinzaine, sauf à inscrire le second ultérieurement.

321. Cette question est susceptible de plusieurs faces sous lesquelles elle doit être envisagée.

Trois hypothèses peuvent se présenter.

Ou les travaux sont inachevés et l'acquéreur s'oppose à leur continuation;

Ou l'acquéreur consent à ce qu'ils soient parachevés;

Ou bien les travaux sont finis, mais non reçus lors de l'aliénation.

Au premier cas, si l'acquéreur arrête les travaux, il faudra adopter l'opinion de Grenier. L'architecte ne peut inscrire dans la quinzaine le second procès-verbal, puisque les travaux ne sont pas encore finis. Pour constater l'état de ces travaux et la plus value qui en résulte, quoiqu'ils soient imparfaits, il faut du temps (*supra*, n° 245). L'intervention du tribunal de première instance est nécessaire : de plus, il faut que l'expert ait le temps matériel pour procéder. Pendant toutes ces opérations la quinzaine s'écoule. Il serait trop rigoureux de s'en faire un moyen de déchéance. Il y a force majeure.

Dans le second cas, l'acquéreur, en laissant continuer les travaux sur son terrain, non-seulement a succédé à l'obligation de son vendeur, mais même est censé avoir contracté, de nouveau, avec les ouvriers, pour la perfection des ouvrages. C'est donc comme si *ab initio* il avait fait marché avec eux. Il est impossible de considérer cet acquéreur comme un tiers à l'égard des ouvriers, et dès lors on ne conçoit pas comment il pourrait purger son immeuble d'un privilége créé, ou si l'on veut ratifié et corroboré par lui. La transcription qu'il fait ne met donc pas les ouvriers en demeure de prendre leurs inscriptions dans la quinzaine. Rien ne les oblige à prendre ces inscriptions, puisque celui qui fait transcrire est précisément celui de qui émane le privilége.

Dans le troisième cas, c'est-à-dire si les travaux sont *parachevés mais non reçus*, alors il est clair que l'acquéreur est un tiers véritable pour les ouvriers, et qu'il n'y a rien de commun entre eux. Alors les ouvriers doivent se mettre en règle dans la quinzaine de la transcription, et si le second procès-verbal n'était pas inscrit dans cette quinzaine, il y aurait pour eux déchéance.

L'une de ces hypothèses s'est présentée devant la cour de Lyon dans une espèce où il s'agissait, non de vente volontaire, mais d'expropriation forcée. D'après les considérants de l'arrêt, on voit que l'ouvrier avait fait inscrire le premier procès-verbal avant l'adjudication, mais que le second n'avait été inscrit *que trois mois après*, et cela, parce qu'au moment de l'adjudication, les travaux n'étaient pas parachevés, et que l'*ouvrier y travaillait encore*. Par arrêt en date du 13 mars 1830, la cour décida que l'inscription du premier procès-verbal avait suffi. On voit que cette décision, rendue dans une espèce calquée sur notre seconde hypothèse, confirme pleinement notre sentiment; mais la cour n'a pas abordé des principes aussi absolus que ceux que nous avons proposés.

322. Notre article dit que la double inscription conserve le privilége *à la date de l'inscription du premier procès-verbal*. Cette locution est-elle un vice de rédaction semblable à celui que nous avons remarqué dans l'art. 2106? (N° 266 *bis*.)

Les opinions sont partagées à cet égard.

Persil [3] et Delvincourt [4] pensent que ces mots doivent être pris au pied de la lettre, et que le privilége ne prend rang qu'à

[1] Merlin, v° *Priv.*, p. 46, n° 8. Grenier, t. 2, n° 409.
[2] Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 410.
[3] Sur l'art. 2110, n° 3, et *Quest.*, t. 1, chap. 6, § 9.
[4] T. 3, p. 288, notes.

compter de l'inscription du procès-verbal [1].

Au contraire, Merlin, Grenier et Favard pensent que les expressions de l'art. 2110 doivent s'interpréter de la même manière que celles de l'art. 2106. Car il semble qu'il est contraire à la nature du privilége, qu'il prenne rang de son inscription.

La loi de brumaire an 7 voulait que le procès-verbal constatant les ouvrages à faire fût inscrit *avant le commencement des opérations*. Cette disposition était très-sage et levait tous les doutes. Le constructeur se trouvait-il, en effet, en contact avec des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble avant le commencement des travaux? il prélevait la plus value que ces travaux avaient donnée à l'immeuble, et dont ces créanciers ne devaient pas profiter à son détriment. Ayant conservé le gage commun, ayant agi dans l'intérêt de tous, aucun créancier antérieur ne pouvait être admis à lui dénier cette préférence si légitime. Au contraire, le constructeur se trouvait-il en contact avec des créanciers ayant hypothèque depuis les travaux? l'inscription du procès-verbal avant l'exécution de ces travaux avait fait connaître aux créanciers qui avaient contracté avec le propriétaire de l'immeuble, qu'ils ne devaient pas compter sur la plus value acquise par les travaux du constructeur. Ce n'est qu'autant que l'ouvrier avait laissé ignorer son droit, faute d'inscription, que ceux qui avaient contracté depuis les travaux pouvaient prétendre à le primer. Car l'immeuble s'était présenté à eux exempt de charges, et ils avaient dû compter sur sa valeur intégrale. Dans le système de la loi de brumaire an 7, les priviléges n'avaient pas cet effet rétroactif que le Code civil donne à leur inscription. Par exemple, à l'égard du vendeur, comme la transcription était à la fois un élément de la vente et le moyen de rendre public le privilége du vendeur, il s'ensuit que ce privilége prenait notoirement naissance au moment de la perfection du contrat, sans qu'il fût nécessaire de recourir à l'expédient trompeur d'une inscription, qui a un effet rétroactif. Il en était de même du privilége du coportageant [2].

Le Code civil est malheureusement conçu dans des idées différentes [3]. L'inscription, en consolidant le privilége, lui donne un effet rétroactif, quelque tardive qu'elle soit (n° 266 *bis*). C'est ce qui a lieu à l'égard du vendeur; c'est ce qui a lieu à l'égard du copartageant. Y a-t-il quelque raison pour croire que le Code ait adopté d'autres vues à l'égard du privilége des architectes? ne doit-on pas supposer que ces expressions *à la date*, etc., sont la conséquence de l'article 2106, et doivent se prendre dans le même sens?

En expliquant l'art. 2110 par l'art. 2106, il est certain qu'on laisse à la loi toute son homogénéité, et qu'on se maintient dans un système dont toutes les parties sont plus concordantes. Mais, pour se montrer si obstinément fidèle à une interprétation qui n'est pas la plus favorable à la publicité, il faudrait qu'il n'y eût pas quelque motif plausible de s'en écarter; or ce motif existe ici.

En donnant un effet rétroactif à l'inscription du vendeur et à celle du copartageant, la loi a pu être frappée de cette considération que, par l'inspection des titres de leur débiteur, les créanciers ont pu connaître, indépendamment de l'inscription, l'existence de ces deux priviléges. Mais il n'en est pas de même du privilége de l'architecte. Ceux qui ont pris l'hypothèque depuis les travaux ne peuvent savoir que la plus value est le lot du constructeur, qu'autant qu'un moyen de publicité le leur fait savoir. Car les titres qu'ils ont consultés ne leur ont rien appris à cet égard. Il fallait donc qu'ils fussent informés des travaux d'amélioration; sans quoi ils ont dû compter sur la valeur totale de l'immeuble. C'est tant pis pour l'architecte s'il n'a pas fait inscrire le procès verbal, avant le commencement des travaux. Sa négligence ne doit pas porter préjudice à des créanciers de bonne foi.

On oppose qu'il est contraire à la nature du privilége qu'il prenne date de l'inscription. Mais il faut faire attention, qu'en ce qui concerne les créanciers antérieurs aux travaux, l'inscription de l'architecte suffit pour que la cause de ce dernier soit préférable à la leur. Le privilége produit donc ici un de ses grands effets, qui est de primer les hypothèques antérieures. Ce n'est que pour les créanciers postérieurs aux travaux,

[1] *Junge* Dalloz, v° *Hyp.*, p. 44 et 130.
[2] Paris, 26 déc. 1807, et 19 juin 1817.

[3] *Voy.* art. 2106, n° 266 *bis*, et préface.

qu'on se référera aux dates des inscriptions. Ainsi le veut la publicité promise aux prêteurs par la loi.

Cette interprétation se corrobore d'une considération.

D'après l'art. 2103 le premier procès-verbal doit être *dressé* avant les travaux. Si l'article 2110 ne dit pas, comme la loi de l'an 7, qu'il doit être *inscrit* avant les travaux, il le suppose par sa relation avec l'art. 2103. En tout cas, il ne s'éloigne pas de la pensée de la loi de l'an 7, lorsqu'il dit que le privilége de l'ouvrier ne prendra rang (en ce qui concerne les créanciers postérieurs aux travaux) qu'*à compter* de son inscription. Par là, il est clair, en logique et en droit, que la plus value ne doit être enlevée qu'aux créanciers qui, en contractant, ont su, par l'inscription, qu'elle était acquise à l'ouvrier. Mais la leur enlever, quand ils ne l'ont pas su, est une criante injustice.

ARTICLE 2111.

Les créanciers et légataires qui demandent la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878, au titre des successions, conservent à l'égard des créanciers des héritiers ou représentants du défunt, leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants au préjudice de ces créanciers ou légataires.

SOMMAIRE.

323. Impropriété de la qualification de privilége donnée à la séparation des patrimoines.
324. Nécessité de l'inscription dans les six mois. Elle n'est cependant exigée que pour les immeubles.
325. L'art. 2111 a-t-il modifié l'art. 880 du Code civil?
326. On peut demander la séparation des patrimoines, quoique les immeubles aient été vendus, pourvu que le prix n'en soit pas distribué.
327. Réfutation de l'opinion de Grenier, qui veut que, lorsque les immeubles de la succession sont vendus, les créanciers prennent inscription dans la quinzaine de la transcription.
327 *bis*. Des effets de l'aliénation par rapport au droit de préférence. Anomalie résultant de l'état de la jurisprudence.
328. Question transitoire.

COMMENTAIRE.

323. Mon objet n'est de parler ici de la séparation des patrimoines que dans ses rapports avec le régime hypothécaire. Tout ce qui tient à l'origine, à l'objet et aux effets de ce droit, au cas où l'on peut en faire usage, a été expliqué par Toullier, Chabot et autres auteurs, aux ouvrages desquels il suffit de renvoyer. J'ai d'ailleurs le projet de m'en occuper spécialement dans un travail sur *les successions*, qui prendra place dans la série de commentaires que je me propose de publier sur la première partie du Code civil.

Et d'abord, on a fort bien remarqué que c'est improprement que l'on a qualifié du nom de privilége le droit que les créanciers et légataires du défunt ont de demander la séparation des patrimoines. Car un privilége ne s'exerce qu'entre les créanciers d'un même débiteur; et cependant la séparation des patrimoines est une prérogative accordée aux créanciers du défunt, contre les créanciers personnels de l'héritier; elle a pour objet de former, par conséquent, deux classes de débiteurs et de créanciers différents. Aussi la loi du 11 brumaire an 7 ne parlait-elle pas de la séparation des patrimoines comme d'un privilége, etc. Le Code

civil lui-même ne classe pas ce droit parmi les priviléges, dont il donne l'énumération aux art. 2101, 2102, 2103 et 2104 [1].

Pourquoi donc l'art. 2111 donne-t-il à la séparation des patrimoines le nom de privilége? On ne peut en rapporter d'autre raison, sinon que ce droit est soumis à des conditions de publicité, à une inscription, comme les priviléges. Mais cela ne peut excuser le législateur, qui, dans la rédaction des lois, devait peser les expressions avec assez de mesure pour ne jamais se servir de termes impropres et sujets à équivoque. Car, de ce qu'un droit réel est assujetti à l'inscription, il ne s'ensuit nullement qu'il change de nature, et passe dans la catégorie des priviléges [2].

324. La séparation des patrimoines forme, comme on le sait, deux masses distinctes de biens, l'une qui se compose de ce qu'a laissé le défunt, l'autre qui comprend les biens personnels de l'héritier. Par l'effet de cette séparation, tous les meubles et immeubles qui constituaient la fortune du défunt sont dévolus à ses propres créanciers [3]. Mais pour conserver ce droit sur les immeubles, il faut que des inscriptions soient prises sur *chacun* de ces biens, dans les six mois à compter [4] de l'ouverture de la succession. Quant au droit exclusif des créanciers du défunt sur les meubles, il n'est soumis à aucune condition de publicité et d'inscription.

325. D'après les dispositions de l'art. 880 du Code civil, l'action en séparation de patrimoines peut être exercée *à l'égard des immeubles tant qu'ils existent dans la maison de l'héritier.*

Merlin, Grenier, Toullier et Chabot [5] pensent que cet article a été modifié par l'art. 2111, que j'analyse en ce moment.

« Si les créanciers personnels de l'héri-
» tier sont chirographaires, disent ces au-
» teurs, ou si, étant hypothécaires, ils n'ont
» pas fait inscrire leurs titres, les créan-
» ciers du défunt pourront, sans doute,
» *même sans avoir pris inscription,* demander
» la séparation des patrimoines, tant que
» les biens existeront dans la main de l'hé-
» ritier ou que le prix lui en sera dû.

» Mais si les créanciers personnels de
» l'héritier ont des hypothèques inscrites,
» ou des hypothèques dispensées d'inscrip-
» tions les créanciers du défunt devront, à
» peine de déchéance de leur privilége de
» séparation, prendre des inscriptions sur
» chacun des immeubles, *et former leur de-*
» *mande dans les six mois* A COMPTER de l'ou-
» verture de la succession. Sans ces précau-
» tions, ils n'auront pas plus de droit que
» les créanciers hypothécaires de l'héritier.

» Ainsi, dans le cas où il y a des créan-
» ciers hypothécaires inscrits, l'art. 880 a
» été modifié : le droit de demander la
» séparation ne subsiste que pendant les six
» mois qui suivent la mort du défunt, au
» lieu que, par l'art. 880, il subsistait tant
» que les biens existaient dans les mains de
» l'héritier. »

Et d'où ces auteurs tiraient-ils la preuve

---

[1] *Thémis*, t. 6, p. 232. Conclus. de de Broë, D. 28, 1, 332. La loi de brumaire an 7 (art. 14), après avoir énuméré diverses causes de préférence, ajoutait : « *Le » tout sans préjudice du droit qu'ont les légataires de de- » mander la séparation* des patrimoines. » Elle n'ordonnait pas l'inscription. (Cass., 17 oct. 1809. Dalloz, *Hyp.*, p. 17, 131.)

[2] Le droit de séparation des patrimoines constitue cependant un véritable privilége, en ce sens qu'il donne aux créanciers et légataires de défunts le droit de se faire payer sur les biens du défunt par préférence aux créanciers de l'héritier, quoique ceux-ci fussent plus anciens en hypothèque. En vertu de la maxime que *le mort saisit le vif*, l'héritier acquiert de plein droit et voit se confondre dans son patrimoine les biens du défunt ; or, le patrimoine du débiteur est le gage commun de ses créanciers, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence, et ces causes légitimes de préférence sont des priviléges ou des hypothèques (art. 2094). Peu importe l'énumération incomplète de l'art. 2103, elle n'est pas limitative. Des lois antérieures comme des lois postérieures peuvent en constituer d'autres. Quand par dérogation à cette maxime dans le droit français, et pour empêcher que, par l'effet de l'adition d'hérédité, tout le patrimoine du défunt ne se confondît avec celui de son successeur, la jurisprudence permit la séparation des patrimoines, ainsi que le préteur l'avait autorisée en droit romain, on voulut empêcher que le créancier du défunt ne fût considéré comme étant devenu de plein droit aussi, malgré lui, le créancier de l'héritier, ce qui aurait été une conséquence immédiate de la transmission et confusion des patrimoines, puisque les dettes suivent les biens et que le patrimoine ne se compose que des biens *deducto ære alieno*. De là la force énergique de cette autre maxime en droit romain : *actiones ossibus inhærent*, ce qui était vrai des créances passives aussi bien que des créances actives. C'est le bénéfice ou privilége de séparation qui est venu obvier à la conséquence rigoureuse de ces principes.
(*Note de l'éditeur belge.*)

[3] La séparation des patrimoines n'a pas besoin d'être demandée, lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. (Cass., 18 juin 1833 et 9 janv. 1837.)

La séparation des patrimoines ne peut être demandée par les créanciers, bien qu'un événement de force majeure ait empêché de prendre inscription. (Bourges, 24 juin 1836.)

[4] *A compter!* Sur le sens de ces mots, voy. *suprà*, nos 296 et suiv.

[5] Merlin, *Répert.*, vo *Sépar. de patrim.* Grenier, *Hyp.*, t. 2, no 432. Toullier, t. 3, p. 240. Chabot, sur l'art. 880.

que l'art. 2111 a modifié l'art. 880? C'est de ces expressions « les créanciers et légataires *qui demandent la séparation des patrimoines conservent,* etc. » Or, dit Merlin, il résulte de là que l'art. 2111 n'impose le devoir de s'inscrire que lorsque les créanciers demandent la séparation des patrimoines. L'inscription ne *peut donc avoir lieu de produire d'effet* que dans le cas où elle est soit accompagnée, soit précédée d'une demande en séparation. Or, puisque cette inscription doit être prise dans les six mois, il s'ensuit que la demande doit aussi être formée dans les six mois.

Comme il m'est impossible d'adopter, sur la foi de jurisconsultes accrédités, des opinions qui ne satisfont pas ma raison, je me suis placé hors des subtilités de mots sur lesquelles roule le système de Merlin, Chabot, etc., et j'ai cherché à interpréter par mes propres lumières les art. 880 et 2111 combinés ensemble. Il est possible que je m'égare dans cet examen dicté par une indépendance d'opinion peut-être excessive; mais j'aurai du moins le mérite d'avoir cherché franchement la vérité.

D'abord, en ce qui concerne le cas où l'héritier n'a que des créanciers chirographaires ou des créanciers hypothécaires non inscrits, est-il vrai que les créanciers du défunt peuvent demander la séparation sans avoir pris d'inscription?

Si l'on se reporte à ce que j'ai dit ci-dessus, n° 268, on se convaincra sans difficulté qu'il ne servirait de rien aux créanciers chirographaires, d'opposer aux demandeurs en séparation le défaut d'inscription de leur privilége dans les six mois; car les créanciers, poursuivant la séparation, pourraient, au même instant, prendre une inscription hypothécaire (art. 2113), qui leur assurerait la préférence sur les créanciers chirographaires [1].

Mais s'il s'agissait de créanciers hypothécaires non inscrits au moment de la demande, ils pourraient, sans difficulté, se faire inscrire, et alors ils seraient fondés à opposer que les créanciers du défunt n'ont pas pris inscription dans les six mois. Car, faute d'avoir rempli cette formalité dans le délai prescrit, les demandeurs en séparation descendraient à la condition de créanciers hypothécaires, et leur rang ne serait fixé qu'à la date de leurs inscriptions.

Passons aux créanciers de l'héritier qui ont une hypothèque inscrite. Nul doute que les créanciers qui veulent demander la séparation, ne doivent s'inscrire dans le délai de six mois à compter du décès du défunt. Sans cela, ils ne peuvent plus demander, en effet, le bénéfice de séparation, quand même les biens seraient encore entre les mains de l'héritier.

Et c'est en ceci que l'art. 2111 a dérogé à l'art. 880 du Code civil. Car, dit Merlin [2], si le privilége de séparation et ses effets ne peuvent se conserver que par les inscriptions faites dans les six mois, il s'ensuit qu'à défaut d'inscription, les créanciers de la succession ne peuvent plus invoquer de préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, et demander utilement la séparation des patrimoines [3], quoique les immeubles soient encore dans la main de l'héritier, et que cependant l'art. 880 dise qu'on peut demander la séparation, tant que lés immeubles sont dans la main de l'héritier.

Il faut donc prendre nécessairement inscription dans les six mois.

Mais faut-il nécessairement aussi que la demande en séparation contre les créanciers inscrits soit formée dans les six mois? Quoi qu'on en dise, je ne connais pas de loi qui en fasse une obligation, et il faudrait cependant qu'il en existât une bien formelle pour qu'on pût admettre cette antinomie avec l'art. 880 du Code civil. Quant à l'argument tiré par Merlin, de ces expressions *qui demandent la séparation,* ce n'est qu'une argutie fondée sur les mots. Le législateur a évidemment voulu dire *qui veulent demander, qui ont droit de demander.*

Ainsi, lorsque le créancier de la succession a fait inscrire son privilége dans les six mois, son droit est garanti pour l'avenir, et il peut demander la séparation, tant que les immeubles restent dans les mains de l'héritier. Tel est l'avis de Tarrible qui, quoiqu'il n'ait pas traité la question, me paraît cependant avoir interprété l'art. 2111 dans le même sens que je l'entends.

« Lorsque, dit-il, les créanciers de la suc-

---

[1] Paris, 23 mars 1824. Poitiers, 28 janv. 1823.
[2] Merlin, *Répert.*, v° *Privilége,* p. 38, col. 1.
[3] En effet, les demandeurs ne pourraient plus réclamer qu'un rang d'hypothèque (art. 2113), et ce rang serait nécessairement inférieur à celui des créanciers personnels de l'héritier déjà inscrits avant lui.

» cession et les légataires auront rempli cette » formalité dans le délai prescrit, *ils con-* » *serveront dans toute sa plénitude le droit de* » *séparation des patrimoines* [1]. » Au surplus, je trouve des décisions plus explicites dans un arrêt de la cour de Nîmes, du 19 février 1829 [2], et dans un arrêt de Colmar, 3 mars 1834 [3] qui, tous deux, repoussent le système des auteurs que je combats, et jugent que le droit de séparation est conservé par l'inscription dans les six mois, bien que la demande en séparation soit postérieure à ce délai. Je n'hésite pas à croire que cette jurisprudence est seule destinée à rallier à elle les esprits. Dans la pratique, on n'est pas prodigue de déchéance comme dans les livres [4].

326. Quoique l'art. 880 du Code civil dise que l'on ne peut demander la séparation des patrimoines que lorsque les immeubles sont encore dans la main de l'héritier, néanmoins on est d'accord aujourd'hui sur ce point, que les choses sont encore entières lorsque le prix provenant de la vente n'a pas encore été distribué. Car, en ce cas, le prix représente la chose [5]; c'est ce qu'a jugé la cour de cassation. Il est vrai que cette décision a été rendue sous l'empire de la loi de brumaire an 7 [6]. Mais, quoi qu'en dise Dalloz, cette circonstance est peu importante, puisque l'art. 880 du Code civil est conforme aux anciens principes [7]. D'ailleurs la même chose a été jugée sous le Code civil [8].

Ainsi les créanciers de la succession peuvent arriver à l'ordre et demander la séparation, pourvu qu'ils se soient fait inscrire dans les délais. Mais quels sont ces délais? Sera-ce le délai de six mois dont parle notre article?

Ce qui fait la difficulté, c'est l'art. 834 du Code de procédure civile, qui exige que, lorsqu'il y a aliénation de l'immeuble, les inscriptions se présentent dans la quinzaine de la transcription.

Or ici il y a aliénation. L'immeuble est passé en d'autres mains. Il est vendu, et il ne s'agit plus que de distribuer les deniers. Cette question doit se décider par les principes qui ont été développés ci-dessus, n° 317, quand nous avons parlé de l'inscription du privilége des copartageants. Il faut faire la distinction essentielle qui existe entre le *droit de suite* et le *droit de préférence* [9].

Voyons d'abord l'effet de l'aliénation par rapport au droit de suite.

327. Puisque le privilége ne subsiste que *lorsque les biens sont encore dans les mains de l'héritier* [10], il suit qu'il est éteint par la seule aliénation que l'héritier fait des biens de la succession, et que l'acquéreur n'a rien à redouter du droit de séparation. Je ne vois donc pas de nécessité à obliger le demandeur en séparation à prendre une inscription, au plus tard dans la quinzaine de la transcription de la vente faite par l'héritier [11]. Car la transcription n'est un appel que pour ceux dont les priviléges subsistent encore, et à qui il ne manque que l'inscription. Ici, au contraire, la vente seule a fait disparaître le privilége au regard de l'acquéreur. Il ne peut craindre que les créanciers de la succession viennent surenchérir et le troubler.

Dira-t-on, avec Dalloz, que l'art. 880 du Code civil, qui veut que la demande en séparation ne soit recevable que tant que les biens ne sont pas sortis des mains de l'héritier, a été modifié par l'art. 834 du Code de procédure?

Mais il ne faut pas être si prodigue d'abrogations. L'art. 834 n'a point eu pour but de changer les principes relatifs à la séparation des patrimoines. La règle qui veut que la vente des biens héréditaires mette obstacle à la séparation, tient à des causes dont l'article 834 n'a nullement songé à s'occuper. Elle tient à ce que la bonne foi veut qu'on ratifie ce que l'héritier a fait *medio tempore*, comme le disait Papinien dans la loi 2, Dig. *de separat.* Elle tient à cette autre règle que, pour demander la séparation des patrimoines, il faut que les choses soient *entières* [12]. Or, ce sont là des raisons spéciales et tout à

---

[1] *Répert.*, v° *Privilége*, p. 38.
[2] Sirey, t. 29, 2ᵉ part., p. 214.
[3] Sirey, t. 34, 2ᵉ part., p. 678.
[4] Cette doctrine est en effet plus plausible que celle de Merlin et de ses adhérents. (*Note de l'éditeur belge.*)
[5] Voet, Dig. *de separat.* Merlin, *Répert.*, v° *Séparation*. Chabot, art. 880. Grenier, t. 2, n° 430. Toullier, t. 3, p. 240.
[6] 17 octobre 1809. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 131.
[7] L. 2, Dig. *de separat.*
[8] Arrêts de cass. des 26 juin et 16 juillet 1828.
[9] *Voy.* la note sur le n° 317.
[10] Art. 880 du Code civil.
[11] Grenier parle cependant de la nécessité de cette inscription, t. 2, p. 293. Dalloz aussi, v° *Hyp.*, p. 131.
[12] Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 188, n° 14.

fait étrangères aux combinaisons hypothécaires, que l'art. 834 a voulu modifier.

Aussi, voyez le silence que garde l'article 834 sur ceux qui demandent la séparation des patrimoines, tandis qu'il réserve si expressément les droits des priviléges mentionnés aux art. 2108 et 2109. Et cependant un délai de faveur est accordé aux légataires demandeurs en séparation, de même que l'art. 2109 en accorde un aux copartageants. Pourquoi donc parler des uns et pas des autres? N'est-ce pas parce que l'art. 834 ne s'occupe que des véritables *priviléges*, et non pas du droit dont parle notre article, et qui n'est pas un privilége? N'est-ce pas parce qu'il a senti que, l'aliénation opposant un empêchement à la séparation des patrimoines, il n'y avait pas lieu à étendre jusqu'à elle le délai de la transcription.

327 *bis*. Venons maintenant à l'effet de l'aliénation par rapport au *droit de préférence* entre créanciers.

L'aliénation n'empêche pas d'agir en séparation des patrimoines sur le prix non distribué, qui représente l'immeuble. Mais ce ne pourrait être pour conserver ce droit sur le prix, que les créanciers de la succession seraient obligés de s'inscrire dans la quinzaine de la transcription. Car cette inscription dans la quinzaine, prescrite par l'article 834, n'a pour objet que de conserver au créancier privilégié le droit de surenchérir; elle est, en quelque sorte, dirigée contre l'acquéreur. Or ici, il ne s'agit pas de contestation entre l'acquéreur et les créanciers; c'est un débat entre les créanciers de la succession et ceux de l'héritier, et notre article n'a fait dépendre la préférence des premiers que de l'inscription *prise dans les six mois*.

On pourra donc s'inscrire tant que les six mois ne seront pas écoulés. On le pourra, parce que l'art. 834 n'a pas été fait pour la séparation des patrimoines. On le pourra, parce que l'art. 2111 donne un délai de six mois, et qu'il déclare *sans effet les hypothèques prises par des tiers pendant ce délai*.

Objectera-t-on que, par le Code civil qui seul est notre loi, la vente arrête les inscriptions (*supra*, nos 279, 280)? sans doute, en thèse ordinaire; mais non pas quand il y a un délai de faveur accordé pour prendre inscription. C'est ainsi que l'art. 834 du Code de procédure reconnaît, dans son paragraphe final, que, d'après le Code civil, le copartageant peut, malgré la vente, s'inscrire pendant soixante jours. Si c'est là l'esprit du Code civil à l'égard du copartageant (et l'on ne peut en douter puisque le législateur le dit lui-même dans cet art. 834), il faut nécessairement dire qu'il a été mû par les mêmes principes, à l'égard du légataire demandant la séparation des patrimoines. Je sais bien cependant tout ce qu'il y a d'anomalies dans cet état de choses (*supra*, no 317). Mais quand la loi est formelle, il faut y obéir. Elle est maîtresse d'apporter des exceptions aux principes généraux [1].

328. La loi du 22 brumaire an 7, comme je l'ai dit ci-dessus (no 323, note 1), ne soumettait pas le droit de demander la séparation des patrimoines à la publicité et à l'inscription.

On a demandé si, une succession étant ouverte sous cette loi, les créanciers du défunt n'ont pas été obligés de prendre inscription dans les six mois qui ont suivi la publication du titre des priviléges et hypothèques. La négative, condamnée d'abord par plusieurs arrêts [2], a fini par prévaloir [3], et les auteurs l'approuvent généralement [4], de telle sorte qu'on ne la conteste plus.

[1] Opinions conf. Delvincourt, t. 2, p. 178, notes; Dalloz, vo *Hyp.*, p. 130, no 4. (Arrêt de la cour de Colmar du 3 mars 1834.)

[2] Toulouse, 12 janvier 1807. Rouen, 23 août 1809.

[3] Cass., 8 mai 1811. Turin, 7 mars 1810. Cass., 17 avril 1827. Lyon, 26 mai 1827. Caen, 2 déc. 1826.

[4] Grenier, t. 2, no 434. Merlin, vo *Sépar. de patrimoines*.

ARTICLE 2112.

Les cessionnaires de ces diverses créances privilégiées exercent tous les mêmes droits que les cédants, en leur lieu et place.

SOMMAIRE.

339. Transition. Étendue du mot cession. Il comprend des choses très-différentes.
340. *Du transport.* Comment il a été introduit contre la subtilité du droit.
341. Il peut être principal ou accessoire.
342. Les priviléges passent de plein droit par le transport.
343. La cession se fait *invito debitore*. Mais, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, il faut qu'il signifie son transport au débiteur, ou que le débiteur ait accepté le transport dans un acte authentique.
344. *De l'indication du payement.* Ses rapports et ses différences avec la cession. Elle peut devenir cession par l'acceptation.
345. *De la délégation.* Ce que c'est. Ses différences avec l'indication du payement et le transport. Elle contient une *novation.*
346. La délégation parfaite éteint les priviléges et hypothèques attachés à la créance précédente; mais on peut les réserver.
347. De la réserve des priviléges et hypothèques de l'ancienne créance.
348. La réserve la plus expresse ne peut pas étendre le privilége d'une chose à l'autre.
349. *De la subrogation.* Définition. Ses différences avec le transport. Réfutation d'une assertion trop générale de Merlin.
350. Différence entre la délégation et la subrogation.
351. Le mot de subrogation est nouveau. Il nous vient du droit canonique.
352. Deux espèces de subrogation, l'une conventionnelle, l'autre légale.
353. De la subrogation *conventionnelle* accordée par le créancier. Elle ne peut avoir lieu *ex intervallo.* Elle doit être *expresse.* Par le droit romain, la subrogation aux *priviléges personnels* avait lieu de plein droit, pourvu que l'argent fût parvenu au créancier privilégié. Mais, pour être subrogé à *l'hypothèque*, il fallait une clause expresse. Plus de différence par le Code civil. Le créancier n'est pas forcé de donner la subrogation.
353 *bis*. Rapport entre la cession et la subrogation accordée par le créancier. Mais différences notables. Dissentiment avec Toullier sur la question de savoir si le créancier doit garantie.
354. De la subrogation conventionnelle accordée par le débiteur. Conditions pour qu'elle soit valable. Les formalistes l'ont repoussée longtemps.
354 *bis*. La différence du droit romain entre la subrogation au privilége et la subrogation à l'hypothèque, n'existe plus par le Code civil.
355. *De la subrogation de plein droit.* 1° Au profit de celui qui, étant créancier, paye un créancier préférable. Du droit d'offrir.
356. Le droit d'offrir appartient au créancier chirographaire. Dérogation au droit romain.
357. Le créancier antérieur est-il subrogé de plein droit au créancier postérieur qu'il paye? Oui, par le droit romain. Non, par le Code civil. Dissentiment avec Toullier.
358. 2° De la subrogation de plein droit au profit de l'acquéreur de l'immeuble qui paye les créanciers hypothécaires.
359. La subrogation dans ce cas n'est pas limitée à l'immeuble acheté. Elle s'étend à tous les droits du créancier payé.
360. 3° De la subrogation légale au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres, avait intérêt à acquitter la dette.
361. 4° De la subrogation légale de l'héritier bénéficiaire qui paye les dettes de la succession.
362. Formalités pour la conservation des priviléges cédés ou transmis par transport, subrogation ou autrement.
363. Lorsqu'il y a *transport*, et que le privilége est inscrit, le cessionnaire en profite. Néanmoins, il est prudent qu'il prenne inscription en son nom.
364. S'il n'y a pas d'inscription prise, le cessionnaire peut en prendre en son nom personnel. Il n'est pas nécessaire qu'il mentionne son acte de cession. Contradiction de Grenier.
365. Le cessionnaire peut-il prendre inscription en son nom avant la signification du transport? Jugé qu'il le peut.
366. Tous les cessionnaires concourent entre eux, malgré la date des titres.
367. Si le cédant est créancier d'un reliquat, il ne peut prétendre de préférence sur les cessionnaires. Il doit prendre rang après eux.
368. Le créancier *simplement indiqué* ne peut prendre inscription en son nom. Raison de cela. Arrêts.
369. Mais peut-il se prévaloir de l'inscription valable de son débiteur? Distinction importante, et qui cependant a échappé à Merlin. Arrêt de Bruxelles combattu. Le créancier indiqué doit profiter de l'inscription contre les *ayants cause de l'acquéreur.* Mais il ne peut en tirer avantage *contre les créanciers du même débiteur que lui.* Arrêts.

370 et 371. *Quid* quand l'indication a été acceptée? C'est alors une véritable cession.
372. La délégation acceptée par un créancier donne-t-elle préférence sur les autres créanciers du débiteur? Distinctions. Suite, nos 372, 373, 374, 375.
376. Du sort des priviléges dans le cas de *délégation*. — *Novation*.
377. Que doit faire le subrogé pour conserver les priviléges à lui transmis? Lorsque la subrogation émane du créancier, appliquer ce qui a été dit pour le cas de cession.
378. Rang du créancier subrogeant à qui il est dû un reliquat. Il est préférable aux subrogés.
379. Les subrogés entre eux viennent par concurrence. Exception.
380. Indication des moyens à prendre pour la conservation du privilége lorsque c'est le débiteur qui accorde la subrogation.
381. Tous les subrogés concourent entre eux.
382. Quand il y a subrogation légale; renvoi aux moyens indiqués pour le cas de subrogation consentie par le créancier.

COMMENTAIRE.

339. Cet article ne parle que des cessionnaires, c'est-à-dire de ceux qui, en vertu de cessions ou transports, exercent les droits de leur débiteur dont ils tiennent la place. Mais, pour traiter cette matière avec toute l'étendue désirable, je m'occuperai dans ce commentaire de tous individus quelconques qui, par transport, délégation ou subrogation, remplacent la personne primitivement investie du privilége de créance. Car le mot cession est un terme générique qui comprend le *transport*, la *délégation* et la *subrogation*, droits différents les uns des autres [1]; mais qui, néanmoins, ont entre eux un point de contact, en ce qu'on y voit un nouvel individu mis à la place d'un précédent, pour exercer ses droits [2].

§. *De la cession-transport.*

340. Olea définit ainsi la cession, dans son Traité *de cessione jurium* : « Cessio est quasi traditio, et *juris* et *actionis* ex aliquo titulo in alium facta translatio [3]. C'est ce que les Romains appelaient *emptio nominis*, *venditio nominis*. Comme le dit Olea, elle n'a lieu que pour les choses incorporelles, telles que créances et actions.

A ne considérer que la subtilité du droit, la cession d'une créance, d'un droit ou d'une action, c'est-à-dire d'un droit personnel, paraît contraire aux principes. Car le débiteur ne s'est obligé qu'envers une seule personne, c'est-à-dire envers le créancier avec qui il a contracté; et il semble qu'il ne peut devenir le débiteur d'une autre personne, sans son fait. Car il peut craindre de tomber entre les mains d'un créancier avare et intraitable, et de voir aggraver ainsi sa condition.

Néanmoins, les cessions étant très-utiles au commerce, on a cherché à les accommoder avec les principes du droit, et avec de la réflexion on a trouvé qu'elles ne lui répugnaient pas autant qu'il semblait au premier coup d'œil. En effet, un créancier peut évidemment exercer par un mandataire les droits que sa créance lui donne contre son débiteur. Dès lors on ne peut considérer comme un simple mandataire celui à qui la créance est cédée. Seulement, au lieu d'agir au nom du mandant, il agit en son propre nom; il est *procurator in rem suam* [4].

Ainsi, soit que le cessionnaire agisse *nomine proprio*, soit qu'il agisse comme mandataire, le débiteur se trouve dans la même situation, et il n'en résulte pour lui rien dont il puisse se plaindre.

La cession peut être tantôt une vente, tantôt un échange, tantôt une donation, suivant les stipulations intervenues entre le cédant et le cessionnaire. Elle sympathise avec tous les moyens de transmettre la propriété.

341. La cession peut être *principale* ou *accessoire*.

Elle est principale lorsque, par des paroles dispositives, on cède à quelqu'un un droit ou une action déterminée, qui fait l'objet principal du contrat.

---

[1] Renusson, *Subrog.*, chap. 2, n° 1.
[2] La difficulté de cette matière me force à rappeler quelques principes généraux, dont j'ai besoin de m'appuyer dans les discussions qui vont suivre.
[3] *Quæst.*, t. 1, n° 101. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, t. 2, nos 878 et suiv.
[4] Pothier, *Vente*, t. 1, n° 551.

Elle est accessoire lorsqu'elle découle comme conséquence d'un autre contrat principal. Quand je vends un héritage, je cède implicitement à mon acquéreur tous mes droits sur cet héritage. Cette cession est accessoire, elle complète le contrat de vente, et y est sous-entendue [1].

342. D'après les principes du droit, tous les priviléges attachés à la créance passent de plein droit et tacitement à celui qui en devient cessionnaire. Il se fait, avec la cession principale, une cession accessoire des prérogatives qui y étaient attachées entre les mains du cédant [2].

Par exemple : Pierre cède à Jacques un titre portant créance d'une somme de 20,000 fr. provenant d'une vente d'immeubles qu'il a faite à Paul. Quoiqu'il ne soit pas expliqué que cette créance de 20,000 fr. est privilégiée sur la chose vendue, néanmoins Jacques n'en aura pas moins le droit d'user du privilége.

Telle est la disposition de l'art. 1692 du Code civil [3].

343. J'ai dit tout à l'heure que la cession s'effectuait sans le concours du débiteur; et c'est un principe invariable en droit : « *Cessio fit invito debitore,* » dit Cujas [4].

Mais pour que le cessionnaire soit saisi *à l'égard des tiers,* il faut que la signification du transport soit faite au débiteur, ou bien que le débiteur ait accepté le transport dans un acte authentique (1690 du Code civil) [5].

La raison en est que sans cette signification, ou sans cette acceptation, le débiteur n'est pas obligé de savoir si la créance a passé d'une personne à une autre, et que, par conséquent, le cédant n'est pas dessaisi à son égard.

Il suit de ce principe, que le cessionnaire qui voudrait se présenter à un ordre, sans avoir fait signifier son titre au débiteur, en serait repoussé avec avantage par les tiers créanciers. Ils seraient fondés, en effet, à méconnaître sa qualité. Au surplus, l'obligation de signifier le transport n'est pas applicable : 1° aux lettres de change et billets de commerce, qui se transmettent par la voie de l'endossement; 2° aux actions des sociétés de commerce, quand elles sont au porteur (Code de commerce, art. 35); 3° aux actions de la banque de France, qui se transmettent par un transfert sur les registres (décret du 15 janvier 1808); 4° aux rentes sur l'État, qui se transmettent par un simple transfert sur les registres de la trésorerie.

§. *De l'indication de payement.*

344. L'indication de payement a lieu lorsqu'un individu charge le créancier de toucher d'un autre la somme dont il lui est redevable. Par exemple : si Pierre vend une maison à Paul, et qu'il charge Jacques, son créancier, de recevoir le prix en son nom, mais en déduction de ce qu'il lui doit, c'est une délégation de payement ou une indication de payement.

C'est encore une indication de payement, lorsque je vends un immeuble, et que je charge l'acquéreur d'en payer le prix à mon créancier qui ne participe pas au contrat [6].

L'indication de payement, ou, comme disent quelques jurisconsultes, l'*assignation de dette*, est fort commune en France. Elle était très-peu usitée à Rome [7].

Par cette indication de payement, il s'opère une sorte de cession tacite, qui fait passer en la personne de celui à qui je délègue le prix, les prérogatives que j'avais pour l'exiger moi-même [8].

Mais ce n'est là toutefois qu'une cession imparfaite. Car la cession véritable, ou, ce qui est la même chose, *le transport,* contient une aliénation complète des droits du cédant. En sorte que si le débiteur devient insolvable *ex post facto,* le péril en retombe sur le cessionnaire.

Au contraire, l'indication de payement ne contient pas d'aliénation véritable. Elle ne

[1] Bartole, sur la loi *Modestinus de solut. in fine.* Olea, tit. 1, quæst. 3, nº 8. Galleratus, *de renuntiatione*, t. 1, lib. 1, cap. 4, nº 25.

[2] Renusson, *Subrog.*, chap. 2, nº 3.

[3] *Voy.*, mon *Comm. de la vente*, nº 906, ce que je dis de l'importante question de savoir si la cession *par voie d'endossement* d'une créance hypothécaire emporte virtuellement le transport de l'hypothèque.

[4] Récit. solenn., Code, tit. *de oblig. et act.* sur les lois 3, C. *de hæred. vend.*, et 1, C. *de novat. et deleg.*

[5] J'ai développé avec les plus grands détails tout ce qui touche à la signification du transport et à son acceptation par le débiteur, dans mon *Commentaire de la vente*, nos 882 et suiv.

[6] *Rép.*, vº *Délégat.*, *in fine*, et *Indication de payement.*

[7] Loyseau, *Garantie des rentes*, chap. 3, nº 3.

[8] Cette assertion n'est pas exacte dans sa généralité. Elle doit être comprise avec les restrictions qui y sont apportées, *infra*, nos 368, 369 et 370.

(*Note de l'éditeur belge.*)

contient qu'un mandat. Celui qui délègue demeure toujours créancier du prix jusqu'à ce que le payement soit effectué; si le débiteur devient insolvable, son insolvabilité retombe sur lui et non sur le créancier à qui la délégation est faite [1].

Néanmoins, l'indication de payement peut devenir un transport *ex post facto :* ainsi, dans le cas où, en vendant mes biens, je charge l'acquéreur de remettre le prix à Titius, mon créancier; si Titius déclare, par acte authentique, accepter cette délégation, la chose sort des termes d'un simple mandat. Je ne peux plus révoquer la délégation. Mon créancier est devenu mon cessionnaire; il est le créancier du débiteur indiqué [2].

§. *De la délégation-novation.*

345. Outre la délégation dont je viens de parler, et qui n'est qu'une indication faite au créancier d'un moyen de se faire payer, il est une autre sorte de délégation qui contient une véritable *novation*. Elle se fait, lorsque, pour me libérer de ce que je vous dois, je délègue mon débiteur qui, pour acquitter sa dette, s'oblige envers vous et que vous l'acceptez pour débiteur, en me déchargeant (1375 du Code civil). *Delegare est vice sua alium reum dare creditori. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.* L. 11. Dig. *de nov. et deleg.* « Par » cette espèce de délégation, dit Pothier, la » dette que le délégant devait à celui à qui » il fait la délégation, et celle que le débi» teur délégué devait au délégant sont entiè» rement éteintes; il s'en contracte à la place » une nouvelle de la part du débiteur délégué » envers celui à qui la délégation est faite [3]. »

Ainsi la délégation produit l'extinction de deux dettes : 1° l'extinction de la dette existante entre le délégant et le créancier pour qui se fait la délégation; 2° l'extinction de la dette que le débiteur devait au délégant. Ce débiteur change de créancier, et contracte une nouvelle obligation [4].

On aperçoit au premier coup d'œil la différence qui existe entre la délégation et l'indication de payement (1277 du Code civil). On voit avec la même facilité la différence qui existe entre la délégation et la cession. La délégation parfaite, telle qu'elle est définie par l'art. 1275 du Code civil, contient novation, et la cession n'en contient pas. « Qui delegat debitorem, dit Cujas, actionem » amittit, *quia fit novatio* [5]. »

La cession se fait *invito debitore;* au contraire, pour la délégation il faut son concours et son consentement [6].

Enfin la cession se fait par le concours de deux personnes, le cédant et le cessionnaire.

Pour faire une délégation de payement, il faut le concours de trois personnes, le délégant, le débiteur délégué, le créancier en faveur de qui la délégation est faite [7].

Au surplus, on doit faire attention qu'il ne peut y avoir de véritable délégation, d'après l'art. 1275 du Code civil, qu'autant que le créancier, en faveur de qui la délégation est faite, déclare décharger le débiteur qui fait la délégation. Sans cela il n'y aurait pas novation, l'ancienne dette subsisterait toujours, ce ne serait plus qu'une sorte d'indication de payement.

346. Ceci est très-important; car si la délégation est complète, c'est-à-dire si elle contient novation, les priviléges qui existaient en faveur de l'ancienne dette ne passent pas à la nouvelle, d'après l'art. 1278, à moins que le créancier qui accepte la délégation ne les ait expressément réservés. Telle était aussi la jurisprudence romaine, et celle qui a précédé le Code civil [8].

Par exemple, j'ai un privilége sur le fonds Cornélien, pour 20,000 francs que me doit Sempronius, à qui j'ai vendu ce fonds. Je consens que ce bien soit vendu à Mævius, à condition qu'il me payera les 20,000 francs, et je donne décharge à Sempronius. Par la novation qui est intervenue, j'ai perdu mon privilége, je n'ai plus qu'une créance pure et simple sur Mævius [9].

Je vends à Caïus le fonds Cornélien pour

[1] Loyseau, *loc. cit.* Pothier, *Vente*, n° 552. L. *Paulus*, § ult., Dig. *de leg.* 3°.

[2] Loyseau, chap. 3, n° 6. L. 1, C. *de oblig. et act.* (Metz, 24 nov. 1820.)

[3] Pothier, *Vente*, n° 553.

[4] Renusson, *Subrog.*, chap. 2, n° 11.

[5] Récit. solenn. sur le Code *de oblig. et act.*

[6] Cujas et Pothier, *loc. cit.* Donellus, *Comm.*, lib. 19, cap. 1. Hilligerus, son *Commentateur*, note *h*. Oléa, t. 1, quæst. 2, n°s 30 et suiv.

[7] Pothier, *Oblig.*, n° 564. Renusson, *Subrog.*, chap. 2, n° 9. Loyseau, *Garantie des rentes*, chap. 3, n° 8.

[8] L. 18, Dig. *de nov. et deleg.* Voet, sur ce titre. Favre, *Code*, lib. 8, tit. 8, déf. 19 et 24. Pothier, *Oblig.*, n° 563.

[9] Favre, défin. 24, *loc. cit.*

la somme de 20,000 francs, et je le charge de payer ces 20,000 francs à mes créanciers privilégiés qui me donnent quittance.

La dette privilégiée que j'avais contractée avec ces créanciers demeure éteinte, et, par conséquent, les priviléges qui en étaient l'accessoire.

Mais on demande si mes créanciers auront pour les 20,000 francs que je leur ai délégués le même privilége que moi.

Il faut répondre que non.

La dette qui existait entre moi et mon débiteur de 20,000 francs est éteinte, de même que celle que j'avais à payer à mes créanciers [1]. Un nouvel engagement a pris la place de ceux qui existaient antérieurement, et puisque les engagements primitifs sont éteints, à plus forte raison les priviléges et hypothèques, qui n'en sont que des accessoires.

Lorsque j'ai chargé mon débiteur de payer les 20,000 francs à mes créanciers, et que ceux-ci y ont accédé, je l'ai tout à fait déchargé, il y a eu libération entre lui et moi; il y a donc novation parfaite (1271, n° 3). Comment la dette pourrait-elle être éteinte, et le privilége subsister?

On aperçoit ici une nouvelle différence entre la cession et la délégation. La cession conserve les priviléges et hypothèques de la créance cédée. Au contraire, la délégation les fait disparaître puisqu'elle éteint la dette préexistante, et donne naissance à une obligation absolument nouvelle.

347. Cependant les parties peuvent, par une convention spéciale, stipuler que les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance passeront à la nouvelle [2].

Mais ceci demande à être éclairci.

J'ai dit ci-dessus que toute *délégation-novation* ne pouvait s'opérer que par le concours de trois personnes.

Il résulte aussi des détails dans lesquels je suis entré, que toute délégation contient l'extinction de deux dettes, 1° celle qui existait entre le délégant et le créancier en faveur de qui se fait la délégation; 2° celle qui existait entre le délégant et le débiteur délégué.

Ceci posé, reprenons les hypothèses que nous avons proposées tout à l'heure.

1° J'ai un privilége sur le fonds Cornélien pour 20,000 francs, que me doit Sempronius acquéreur de ce fonds. Je consens que ce bien soit vendu à Mævius, à condition qu'il me payera les 20,000 francs, et je donne décharge à Sempronius, *sous la réserve de mon privilége.*

Par cette réserve, quoiqu'il y ait anéantissement de l'obligation primitivement contractée entre Sempronius et moi, le fonds Cornélien continue à être toujours grevé de mon privilége. Car ce bien, qui passe dans les mains de Mævius avec mon consentement, est le même que celui sur lequel j'avais un droit privilégié du chef de Sempronius. Or je n'ai consenti à ce changement que sous la condition que je conserverais mon privilége. J'ai voulu libérer Sempronius, et le dégager de toute action personnelle; mais je n'ai pas voulu dégager l'immeuble: c'est la condition de la novation. Les autres créanciers ne peuvent s'en plaindre. Car à leur égard mon droit reste absolument ce qu'il était auparavant.

2° Je vends à Caïus le fonds Cornélien pour la somme de 20,000 francs, et je le charge de payer les 20,000 francs à mes créanciers privilégiés, qui me donnent quittance, *sous réserve de leurs priviléges.*

Les priviléges que ces créanciers avaient sur le fonds Cornélien, lorsque je les possédais, subsisteront encore après la vente faite à Caïus et la quittance qui m'est donnée. Car je n'ai été déchargé qu'autant que le privilége continuerait à exister à son rang en faveur de ceux qui ont cessé d'être mes créanciers.

3° Je suppose maintenant que mes créanciers ne soient pas privilégiés, mais qu'ils soient chirographaires. En leur déléguant la somme de 20,000 francs que je leur dois, je stipule que je la leur délègue avec le privilége de vente qui y est attaché en ma personne. Rien n'empêche qu'une telle convention ne soit valable; car je suis maître de céder mes droits à qui bon me semble. La délégation-novation, que j'ai faite dans ce cas, a été accompagnée d'une cession, au moyen de laquelle j'ai transporté tous mes droits à mes créanciers.

348. Mais remarquez que les réserves les plus expresses ne peuvent étendre le privilége d'une chose à une autre.

Par exemple, Pierre est débiteur de Paul d'une somme de 20,000 francs, à cause de la vente que ce dernier lui a faite du fonds Cornélien. Paul a donc sur le fonds Corné-

[1] Pothier, *Vente*, t. 1, n° 553.

[2] Art. 1278 du Code civil. L. 4, § 1, *quib. modis pign. solvit.* Favre, *Code*, lib. 8, déf. 19 et 24.

en un privilége jusqu'à concurrence de 0,000 francs. Pierre vend ensuite à Jacques le fonds Sempronien pour une somme de 0,000 francs, et délègue sur cette somme 0,000 francs qu'il doit à Paul. Celui-ci donne quittance à Pierre, sous réserve de son précédent privilége. Il est évident que cette clause ne pourra donner à Paul le droit d'être payé par privilége sur les 0,000 francs provenant de la vente du fonds Sempronien. Sa réserve est inutile et sans conséquence. Il n'a pu se réserver un droit sur une chose qui ne lui a jamais été obligée. C'est sur le fonds Cornélien qu'il avait privilége. Nulle convention ne peut transférer ce privilége sur le fonds Sempronien; car on ne crée pas de priviléges suivant son bon plaisir. C'est la loi qui les donne dans des cas déterminés. C'est à la faveur de la cause qu'ils sont attachés. Pierre pouvait sans doute donner à Paul le privilége que, comme vendeur, il avait sur l'immeuble vendu. Mais cette stipulation n'a pas eu lieu. C'est Paul qui a cru, par une réserve mal entendue, faire passer sur un immeuble un privilége qu'il avait sur un autre. Tout ceci résulte de l'art. 1279 du Code civil.

§. *De la subrogation* [1].

349. La subrogation est fort différente du transport, de l'indication de payement et de la délégation.

Renusson la définit [2] : La mutation d'un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier *qui est payé* passent à l'autre qui a fourni ses deniers pour le payement. C'est une fiction par laquelle celui qui a prêté nouvellement ses deniers est réputé entrer en son lieu et place pour exercer les mêmes droits. « Subrogatio est » transfusio unius creditoris in alium, eadem » vel mitiori conditione, » dit Dumoulin, *De usuris*.

Quoique cette définition ait besoin de commentaire, je la préfère cependant aux définitions plus modernes qui ont été données dans le *Répertoire de jurisprudence*, et dans les *Questions de droit* de Merlin, vº *Subrogation*. Il faut se défier surtout du parallèle que Merlin établit entre la subrogation et la cession, d'après une consultation qu'on trouve à la fin du traité de Renusson sur la subrogation. A force de vouloir distinguer, le jurisconsulte est tombé dans la subtilité : il ne présente qu'un côté de la subrogation, et il avance même des propositions erronées, comme l'a prouvé Toullier [3]; propositions qui sont, du reste, contraires à ce que Renusson enseigne dans le corps de son ouvrage. On sait que c'est un défaut ordinaire des parallèles, de tenir beaucoup moins à la vérité des choses qu'aux aperçus ingénieux.

La subrogation a souvent été confondue avec la cession ou le transport. C'est cette erreur des formalistes qui a beaucoup contribué à brouiller cette matière difficile.

La cession est une véritable vente. Son objet principal et direct est de transporter une créance sur la tête de quelqu'un qui l'achète. Au contraire, la subrogation n'est jamais que l'accessoire d'un payement fait pour libérer un débiteur et éteindre une obligation. Elle adhère toujours à une résolution de contrat, « *est potius distractus quam* » *contractus* [4]. »

Dans la cession, la commune intention est d'aliéner et d'acquérir. Au contraire, lorsqu'il se fait un payement avec subrogation, le créancier qui cède ses droits n'a nullement l'intention de vendre. Son objet est de se faire payer ce qui lui est dû. Aussi a-t-on dit avec raison de la subrogation : « *non est* » *vera cessio, sed successio in locum alte-* » *rius* [5]. »

Mais ces différences entre la cession et la subrogation sont bien plus sensibles lorsque la subrogation, au lieu d'être consentie par le créancier, émane du débiteur, ou même de la loi, comme on le verra *infra*.

Car alors la subrogation se fait *etiam invito creditore*, tandis que la cession doit être nécessairement l'ouvrage du créancier.

---

[1] Dumoulin, *de usuris*, quæst. 49. Renusson, *Subrog.* D'Olive, liv. 4, ch. 14 et 26. Pothier, sur *Orléans*, tit. 20, sect. 5. *Oblig.*, nos 519 et suiv. Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 8. *Répert.*, vº *Subrog.*, quest. de droit. Toullier, t. 7. Grenier, *Hyp.*, t. 1, nos 90 et suiv. Ancien *Journal du Palais*, t. 2, p. 29 (Toullier y a beaucoup puisé). Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, somm. 58. *Pandectes* de Pothier, t. 1, p. 569, § 2, nº 5.

[2] Chap. 1, nº 10.

[3] T. 7, nº 119.

[4] Renusson, chap. 2, nº 22.

[5] *Ibid.*, nº 14.

Merlin a dit [1] que la cession transfère la dette même, tandis que la subrogation n'en transmet que quelques prérogatives.

Mais cette proposition, vraie dans certains cas, est fausse dans sa généralité. Il arrive souvent que le subrogé est investi non-seulement du privilége et de l'hypothèque du créancier primitif, mais encore de la créance elle-même. Par exemple, la caution du débiteur d'une rente paye le capital et les arrérages de cette rente au créancier, et stipule la subrogation dans icelle. Dans ce cas, suivant Dumoulin [2] et Renusson [3], la caution deviendra créancière de la rente, qui continuera à avoir cours à son profit. La créance est donc réellement transférée.

De même, lorsqu'un créancier postérieur paye un créancier antérieur, et qu'il lui est subrogé de plein droit, le créancier postérieur a, dit Renusson, *la même action* qu'avait l'ancien, et *le même droit*, la même hypothèque. La loi 3, C. *de his qui in prior. loc. succed.*, dit positivement, « *in jus eorum successisti* [4]. » Tel est aussi l'avis de Toullier [5].

Enfin Pothier [6], après avoir montré que par le droit romain celui qui fournissait ses deniers au débiteur, pour payer le créancier, n'acquérait pas la créance du créancier, laquelle était éteinte par le payement, mais n'acquérait que l'hypothèque, établit qu'il n'en est pas de même par le droit français, et que le subrogé acquiert non-seulement l'hypothèque, mais encore *la créance elle-même* et les actions qui en dépendent.

Aussi la cour d'Amiens a-t-elle décidé, je crois avec raison, que la caution de l'acquéreur qui paye le vendeur succède non-seulement à son privilége, mais encore à son droit de demander la résolution du contrat [7].

350. La subrogation diffère aussi de la délégation. Car celle-ci a toujours lieu entre trois personnes, et la subrogation entre deux; quelquefois même c'est la loi qui l'accorde.

La délégation a pour but de mettre un débiteur à la place d'un autre. *Delegare est vice sua reum alium dare creditori*, dit la loi romaine citée ci-dessus.

Au contraire, la subrogation met un créancier à la place d'un autre, c'est un moyen par lequel un débiteur cherche à se procurer un créancier plus complaisant. « *Debitoribus autem prodest* SUBROGATIO *quo facilius viam inveniant dimittendi* acerbiorem » creditorem, vel commodius mutuandi. » Ce sont les paroles de Dumoulin [8].

La délégation éteint la dette et, par conséquent, les priviléges et hypothèques dont elle jouissait.

Au contraire, la subrogation fait survivre les priviléges et hypothèques à la dette payée par le subrogé, et les transfère en la personne de ce dernier.

351. La subrogation n'était pas connue sous ce nom dans le droit romain. Les jurisconsultes l'appelaient : « *Cessio actionum* a *lege, beneficium cedendarum actionum, successio, substitutio* [9]. » Quelques interprètes du droit romain lui donnent le nom de *subingressio* quand elle s'opère de plein droit [10]. Le mot *subrogation*, tel que nous l'employons, nous vient du droit canonique [11].

C'était même quelque chose de fort obscur que tout ce qui se rattachait à la matière des subrogations, comme on peut le voir par ce que dit Loyseau, dans son *Traité des offices* [12], et par le Traité de Renusson, sur la subrogation. Mais on sent que ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette matière, qui appartient principalement au titre des obligations, et qui n'est ici qu'un accessoire. Je me bornerai à rappeler quelques détails nécessaires pour se mieux pénétrer des règles consacrées par notre article.

352. La subrogation est *conventionnelle* ou *légale*. La subrogation conventionnelle peut être octroyée, tant par le créancier qui reçoit son payement d'une tierce personne, que par le débiteur qui emprunte.

353. 1° La subrogation peut être octroyée par le créancier lorsque celui-ci reçoit son payement d'un tiers. Le créancier désintéressé subroge alors le tiers qui le paye, dans ses droits, actions, priviléges et hypothèques. Cette subrogation doit être expresse, et faite en même temps que le payement. Elle ne peut être faite *ex intervallo*. On en sent la raison, car le payement non accompagné d'une *prompte cession d'action*, comme dit Loyseau, bien loin de transférer la dette

[1] *Répert.*, vº *Subrog.*, p. 25.
[2] *De usuris*, quæst. 89.
[3] Chap. 2, nºs 24 et 25.
[4] Chap. 4, nº 24.
[5] T. 7, p. 143 et suiv.
[6] Pothier, *Orléans*, tit. 20, nº 80.
[7] 9 novembre 1825.
[8] *De usuris*, quæst. 27.
[9] Renusson, chap. 2, nº 14.
[10] Olea, *de cessione jurium*.
[11] Renusson, chap. 1, nº 8.
[12] Liv. 3, chap. 8, nºs 37 et suiv.

ou l'hypothèque, l'éteint et l'amortit tout à fait [1]. Je dois dire cependant que les Romains n'exigeaient une convention expresse de subrogation que pour le cas où un tiers payait un créancier *ayant hypothèque*. Mais lorsque ce tiers payait un créancier *privilégié*, il lui était subrogé de plein droit, et sans stipulation, ainsi que le dit Ulpien dans la loi 24, § 11, Dig., *de reb. auct. jud.*; il suffisait que l'argent fût parvenu ès mains du créancier privilégié. « Eorum ratio prior est creditorum, quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit [2]. » Telle était aussi la jurisprudence française, ainsi que l'attestent Loyseau [3], Brodeau sur Louet [4], d'Olive [5], Renusson [6], Pothier [7]; et c'est en quoi Toullier a commis une erreur lorsqu'il a dit [8] qu'il n'y avait pas de différence par le droit romain entre la transmission de l'hypothèque et celle du privilége, par voie de subrogation, lorsque cette transmission était consentie par le créancier. Il est certain que dans un cas il fallait une stipulation, et que dans l'autre la transmission s'opérait de plein droit. Mais par le Code civil, cette différence, dont il n'y a pas de motifs plausibles, n'existe plus; car l'article 1250, n° 1, exige une clause expresse, soit pour le privilége, soit pour l'hypothèque.

Du reste, il faut remarquer que le créancier n'est pas obligé de donner la subrogation [9]. Il peut s'y refuser, ne fût-ce que dans l'intérêt du débiteur, afin de ne pas l'exposer à tomber entre les mains d'un créancier avare.

Néanmoins, comme ce refus pourrait souvent être capricieux, on a évité cet inconvénient en permettant que la subrogation se fît par le débiteur. C'est la deuxième manière dont s'opère la subrogation conventionnelle. J'en parlerai tout à l'heure, *infra*, n° 354.

353 *bis*. De tous les genres de subrogation, la subrogation octroyée par le créancier est celle qui a le plus de rapport avec la cession. C'est même en l'assimilant à la vente que les jurisconsultes l'introduisirent dans le droit sous le titre de *Beneficium cedendarum actionum*. En effet, le payement éteint la dette et toutes ses garanties. Comment donc le créancier, qui reçoit son payement, peut-il céder des droits qui cessent de subsister au moment même où le payement est effectué? Pour éluder cette difficulté, les jurisconsultes romains imaginèrent de dire que la somme donnée en payement au créancier était moins un payement, que le prix de la cession des actions faite par le même créancier. « Non enim in solutum accepit » (dit Paul) [10]; sed quodam modo nomen » debitoris vendidit, et ideo habet actiones, » quia tenetur ad id ipsum ut præstet actio» nes. » C'est aussi ce que dit Modestin dans la loi 76 *de solut.* [11].

Toullier a conclu de ces textes que le créancier qui consent à une subrogation, est obligé à la garantie, de même dans la cession [12]. Mais c'est une erreur réfutée d'avance par Renusson, Dumoulin et Pothier. Dumoulin dit, en effet : « *Creditor non* » *tenetur cedere actiones cum hoc onere ut sint* » *efficaces, sed simpliciter quales habet* [13]. » — « Le créancier qui a consenti la subrogation, dit Renusson, n'est obligé à aucune garantie : *suum recepit*. Le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige pas [14]. » Et ailleurs : « La simple cession d'actions, que nous appelons subrogation, a bien quelque effet semblable à la vente et à la cession et transport, mais non pas tous leurs effets... Car le *créancier qui aura consenti la subrogation ne sera pas garant; la rente sera éteinte à son égard* [15]. »

En effet, ce n'est que par une fiction que celui qui est subrogé au créancier est censé avoir plutôt acheté de lui la créance que l'avoir payée [16]. Aussi Paul dit-il : «*quodam modo vendidit*. » Remarquez, toutefois, que si le créancier payé et subrogeant n'était

---

[1] *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 67. L. *solvendo*, Dig. *de neg. gestis*. D'Olive, liv. 4, chap. 14. Cujas, *Observ.*, liv. 18, cap. 40. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 569, n° 6.
[2] Cujas, *Observ.*, l. 18, cap. 40, et *Quæst. Pauli*, lib. 5, sur la loi *Aristo*. Renusson, chap. 2, n°s 28, 29, 31.
[3] *Off.*, liv. 3, chap. 7, n° 4.
[4] Lettre E, n° 38.
[5] D'Olive, liv. 4, chap. 14.
[6] Chap. 3, *loc. cit.*
[7] Pothier, *Oblig.*, t. 1, n° 521.
[8] T. 4, n° 158.
[9] L. *nulla*, C. *de solut.* Basnage, *Hyp.*, chap. 15. Loyseau, liv. 3, chap. 8, n° 27. D'Olive, liv. 4, chap. 14.
[10] L. 36, Dig. *de fidejussor*. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 337, n° 46.
[11] Cujas, sur cette loi. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 337, note *c*, et 338.
[12] T. 4, p. 141.
[13] *De usuris*, n°s 672 et suiv.
[14] Chap. 2, n° 22.
[15] Chap. 2, n° 25. Pothier, *Orléans*, tit. 20, sect. 5.
[16] Pothier, *id.*, tit. 20, sect. 4.

pas créancier, soit parce qu'il eût déjà été payé, soit parce que son titre n'était pas véritable, il y aurait lieu à recourir contre lui; mais ce ne serait pas, à proprement parler, par l'action en garantie, ce serait plutôt par la *condictio indebiti*. Car il aurait reçu ce qui ne lui était pas dû [1].

D'olive [2] examine la question de savoir si le créancier qui a reçu son payement *comme premier créancier* est sujet à garantie, lorsque de fait il n'a pas le premier rang. Il se prononce pour l'affirmative, et s'appuie d'un arrêt du parlement de Toulouse, du 15 juillet 1637.

Je crois cette solution bonne, quand il est bien prouvé que c'est uniquement à cause de son hypothèque, qu'on croyait la première, que le créancier a reçu payement de quelqu'un qui ne lui devait rien. Mais ce cas ne peut pas favoriser beaucoup le système de Toullier. Car il s'agirait ici d'erreur, et ce serait l'erreur qui ferait annuler le payement.

On pourrait même dire que, l'objet du traité portant principalement sur le rang, le créancier a fait plus que d'agir pour recevoir son payement, qu'il a encore agi dans l'intention de vendre et d'acquérir; ce qui nous ramènerait à une cession proprement dite (*supra*, n° 349), et donnerait ouverture à la garantie. Mais, je le répète, il faudrait que cette intention fût claire. En général, le créancier n'a pour objet principal que de recevoir son payement, et nullement de vendre.

354. 2° La subrogation peut être octroyée par le débiteur; comme lorsque, par exemple, Pierre emprunte de l'argent pour payer Jacques, son créancier privilégié, et subroge son prêteur à tous les droits de ce dernier.

Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement; et que dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis par le nouveau créancier (art. 1250 du Code civil).

Nous avons déjà vu deux exemples de cette subrogation [3].

Loyseau [4] nous apprend qu'il y avait de son temps des *formalistes* qui ne pouvaient se persuader que le débiteur pût subroger à la place de l'ancien créancier privilégié, celui qui faisait sa condition meilleure. Il leur paraissait extraordinaire que l'action et le privilége pussent passer d'une personne en une autre, sans transport de celui qui en est investi.

Mais Loyseau répond aux scrupules de ces *modernes praticiens*, d'abord par les lois *si prior*, § *à Titio* D.; *qui potior in pignorib.*, 1 C., *de his qui in prior. cred. loc. succed.* 7, § 6, *de reb. eor.* Ensuite, il s'appuie de l'opinion du prince de nos docteurs français, *Dumoulin* [5], dont voici les termes : « Non » requiritur istam cessionem fieri cum primo » creditore vel eo sciente : sed sufficit fieri » cum solo debitore vel eum repræsentante. » Sicque iste secundus creditor nullam causam habet a primo, sed solum causam habet à debitore. Et tamen succedit in jus » primi, *saltem in jus simile et æque potens*, » etiam in præjudicium intermediorum creditorum, quibus tamen non dicitur damnum inferri, sed lucrum non afferri, quia » duntaxat novissimus iste loco primi subrogatur, eodem aliquo statu remanente. » Ideo hoc *toleratur*, licet non interveniat » factum primi. Et merito est jure introductum, et moribus confirmatum, quia creditoribus damnum non infert, debitoribus » autem prodest quo facilius viam inveniant » dimittendi acerbiorem creditorem, vel » commodius mutuandi. » On peut voir aussi d'Olive, liv. 4, chap. 14. Néanmoins, l'autorité du droit romain et des grands jurisconsultes, qui s'en étaient faits les défenseurs, ne put vaincre tout à fait les préjugés, et il fallut qu'un édit de 1609 établît que le débiteur pouvait subroger sans le concours du créancier [6].

354 *bis*. Lorsque la subrogation se fait par le débiteur, les Romains faisaient une distinction entre le cas où il s'agissait d'un privilége personnel et celui où il s'agissait d'une hypothèque.

Lorsqu'il s'agissait de subroger à un privilége, la loi n'exigeait qu'une condition, savoir, que l'argent eût été donné avec réserve qu'il serait payé aux créanciers privilégiés,

[1] Renusson, chap. 2, n° 22.
[2] Liv. 4, chap. 26.
[3] *Voy.* sur l'art. 2103, §§ 2 et 3.

[4] *Off.*, liv. 3, chap. 8.
[5] *De usuris*, n° 276.
[6] Loyseau, *loc. cit.*

et qu'en effet les créanciers fussent payés; ou bien que, sans convenir que l'argent serait donné aux créanciers, il fût prouvé par l'événement qu'il leur fût parvenu par les mains du débiteur, *si modo non post aliquod intervallum* [1]. Je dis que la seconde de ces circonstances suffisait sans l'autre [2], quoique Toullier semble croire qu'elles fussent cumulativement obligées. Car le texte de ces deux lois, loin d'exiger leur réunion, présente l'emploi effectif des deniers prêtés comme étant dé nature à acquérir de plein droit la subrogation. C'est ainsi, du reste, que les ont entendues la glose [3], Cujas [4], et Pothier [5].

Au contraire, lorsqu'un tiers étranger prêtait au débiteur pour payer un *créancier hypothécaire*, il n'avait la subrogation qu'autant qu'il la requérait expressément. Vainement eût-il prouvé que l'argent était parvenu dans les mains du créancier hypothécaire [6], ou qu'il n'avait prêté que pour le payer [7]. Tout cela était inutile, sans la clause expresse de subrogation [8].

Il n'est pas facile d'expliquer pourquoi les Romains avaient établi cette différence entre la transmission par subrogation des *priviléges*, et la transmission par subrogation des *hypothèques*.

Par le Code civil, la même distinction n'existe plus. Soit qu'il s'agisse de privilége, soit qu'il s'agisse d'hypothèque, il suffit que dans l'acte d'emprunt on stipule la destination, et que la quittance donnée par le créancier prouve l'emploi. Alors, il y a subrogation quand même cette subrogation n'aurait pas été expressément stipulée. Car elle sort implicitement du concours de la destination des fonds prêtés et de l'emploi.

355. La subrogation de plein droit a lieu, d'après l'art. 1251 du Code civil :

1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques.

Par le droit romain, le créancier hypothécaire postérieur, qui payait le créancier premier en hypothèque, était subrogé *de plein droit* à celui-ci, parce qu'il était réputé n'avoir fait ce payement que pour devenir premier et principal créancier [9]. On sait que dans les principes du droit romain, il n'y avait que le premier créancier qui pût faire vendre le gage hypothécaire. Il suivait de là que les créanciers postérieurs étaient souvent exposés à attendre leur payement, et qu'ils dépendaient du premier créancier, appelé *potior creditor*. Pour remédier à cet inconvénient, les lois accordaient le droit d'offrir (*jus offerendi*), par lequel le créancier postérieur offrait au premier créancier de le payer comptant, et en ce faisant, il était subrogé de plein droit en son lieu et place.

En France, il était de règle autrefois, comme aujourd'hui, que tous les créanciers indistinctement pussent faire vendre le gage hypothécaire. C'est sur cette différence du droit français et du droit romain que plusieurs jurisconsultes d'un très-grand poids, avaient pensé que le droit d'offrir n'avait pas lieu en France, et que si un second créancier en payait un premier, il n'entrait pas dans ses droits sans cession expresse [10].

Mais l'opinion la plus commune était que, comme dans beaucoup de cas il pouvait être utile au créancier postérieur de payer le premier créancier, il y avait lieu à maintenir la subrogation de plein droit accordée par les lois romaines [11].

L'on voit que c'est ce dernier sentiment que le Code a fait prévaloir [12].

356. Mais on demande si sous la législation actuelle le droit d'offrir appartient au créancier chirographaire ou simplement au créancier hypothécaire.

Dans l'ancienne jurisprudence, il était certain que le créancier chirographaire qui payait un créancier privilégié ou hypothé-

[1] L. 24, § 3, Dig. *de reb. auct. jud.* L. 2, Dig. *de cessione bonor.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 186, n° 33.

[2] T. 7, n° 158.

[3] Sur la loi *si ventri*.

[4] *Observ.*, l. 18, chap. 4.

[5] T. 3, p. 186, n° 23. *Pand.*

[6] L. 2, C. *de his qui in prior.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 569, n° 6.

[7] L. 3, Dig. *quæ res pignori*. Pothier, *loc. cit.*

[8] L. 1, C. *de his qui in prior.* L. 3, C. *de privil. fisci.* Cujas, *Observ.*, lib. 18, cap. 40. Renusson et autres, cités, *supra*, n° 353.

[9] Dig. *de his qui in prior. loc. succed.* Renusson, chap. 4.

[10] Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 66.

[11] Favre, *de exorib. pragmat.*, cap. 4, lib. 1. Brodeau sur Louet, l. C. n° 38. Renusson, chap. 4, n° 20. Basnage, *Hyp.*, chap. 15.

[12] Voy. *infra*, t. 3 nos 752 et suiv., divers exemples de l'utilité de la subrogation légale dans le cas de concours de l'hypothèque générale avec l'hypothèque spéciale.

caire ne lui était pas subrogé de plein droit; on considérait le créancier chirographaire comme un créancier étranger, qui aurait payé sans requérir ou stipuler de subrogation [1].

Grenier pense dans son *Traité des hypothèques* [2] qu'il doit en être de même sous le Code civil. Mais Toullier [3] est d'avis que l'art. 1251 du Code civil s'applique dans sa généralité à tout créancier quelconque, quand même il ne serait que créancier personnel. Il suffit, dit-il, qu'il soit créancier.

Je crois que cette dernière opinion est la meilleure. D'abord, dans l'ancienne jurisprudence on pouvait dire avec raison qu'un créancier personnel devait être assimilé à un étranger. Car il n'avait aucun droit sur les biens et il ne pouvait les faire vendre. S'il eût eu un titre authentique, condition nécessaire pour exproprier, il eût eu nécessairement une hypothèque. Mais aujourd'hui on ne peut pas dire d'une manière aussi étendue qu'un créancier personnel n'a aucun droit sur les biens; car s'il est porteur d'un titre authentique, quoique dépourvu d'hypothèque, il peut les faire saisir (article 2213 du Code civil).

Les biens sont donc son gage, sauf la préférence des priviléges et hypothèques, et ce serait dès lors une grande erreur que d'assimiler le créancier personnel à l'étranger qui paye pour le débiteur.

De plus, quels sont les motifs qui ont fait maintenir en France le droit d'offrir? On a vu que c'étaient des raisons absolument étrangères au droit romain.

Renusson, ch. 4, dit que «c'est pour le bien » de la paix, pour éviter les contestations et » les frais qui s'augmentent et multiplient » par le nombre des créanciers. » Et plus loin, « que le créancier paye pour réunir en » sa personne le droit de l'ancien créancier » qui pourrait le traverser, le troubler, et » faire des frais qui consomment la chose » hypothéquée. »

Basnage, ch. 15, dit aussi « que c'est pour » éviter les frais que pourrait faire le pré- » cédent créancier et qui absorberaient le » prix de la chose. »

Ces motifs s'appliquent évidemment au créancier chirographaire, et je pense qu'on ne peut douter que le Code n'ait dérogé à l'ancienne jurisprudence.

357. Renusson, ch. 4, n° 14, pensait que le créancier antérieur qui payait le créancier postérieur lui était subrogé de plein droit pour le payement. « En effet, dit cet au- » teur, il peut arriver qu'un créancier an- » térieur, pour ménager le bien du débiteur » commun et éviter la contestation, voudra » payer le créancier postérieur, et en ce cas » il est raisonnable que le créancier anté- » rieur ait pareil avantage que le posté- » rieur, c'est-à-dire, qu'il soit pareillement » subrogé, de plein droit, au créancier » postérieur, par le payement; et même par » le droit romain le créancier antérieur » avait *jus offerendi* préférablement au créan- » cier postérieur; il pouvait avoir intérêt » de se conserver la chose hypothéquée, et » d'exclure le créancier postérieur en lui » payant ce qui lui était dû : et cela doit » avoir lieu parmi nous encore à plus forte » raison, parce que, suivant notre usage, » tous créanciers hypothécaires ayant droit » de poursuivre leur payement, et de faire » vendre le bien de leur débiteur, il pour- » rait arriver que le bien du créancier étant » de peu de valeur pourrait être consommé » en frais par un créancier postérieur qui » le ferait vendre; le créancier antérieur » payant le créancier postérieur pour faire » cesser la poursuite, et empêcher les frais, » il est bien juste que par le payement il » soit subrogé de plein droit. »

Toullier estime que cette doctrine doit encore être suivie. Mais elle me semble formellement proscrite par le texte même de l'art. 1251, n° 1, qui n'accorde la subrogation légale qu'au créancier qui paye un autre créancier *qui lui est préférable*. Grenier [4] est aussi de ce dernier sentiment.

En effet, la subrogation est de droit étroit. Elle ne doit avoir lieu que dans les cas exprimés par la loi ou par la convention [5].

358. 2° La subrogation de plein droit a encore lieu au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers aux-

[1] Leprestre, cent. 1, chap. 69, p. 196. Dumoulin, *de usuris*, n° 176. Corvinus, *Enarrat.*, lib. 8, tit. 9. Perezius, *Prælect.*, *idem*. Basnage, *Hyp.*, chap. 15. Domat, liv. 3, tit. 1, sect. 6.

[2] Grenier, t. 1, n° 91.
[3] Toullier, t. 7, n° 140.
[4] Grenier, t. 1, n° 91.
[5] Renusson, chap. 5, n° 18.

quels cet héritage était hypothéqué ou affecté par privilége (art. 1251, n° 2).

Cela est conforme au droit romain [1] et à l'ancienne jurisprudence française [2]. Il faut cependant convenir que Pothier, donnant un autre sens aux lois romaines, soutenait que la subrogation n'avait lieu que si elle était stipulée, et qu'en avouant que la jurisprudence inclinait en France pour la subrogation de plein droit, il l'attribuait à des motifs étrangers aux lois romaines [3].

Quoi qu'il en soit, le bénéfice principal de cette subrogation est que, lorsque l'acquéreur a ainsi payé, et qu'il est troublé dans la suite par des créanciers postérieurs au créancier indemnisé, il peut se défendre contre eux, en se prévalant des prérogatives du créancier préférable dont il est le subrogé; ou bien que, s'il délaisse l'héritage par lui acquis, pour le laisser vendre par expropriation forcée, il doit être mis en ordre sur le prix, comme subrogé au droit du créancier qu'il aurait payé [4].

Il était de toute justice d'accorder cette subrogation légale, car l'acquéreur n'ayant payé les créanciers privilégiés ou hypothécaires que pour se conserver la possession de la chose par lui acquise, il faut que s'il vient à quitter cette possession, il ne soit pas frustré de ce qu'il aurait payé, et qu'il soit mis en ordre sur le prix de la chose acquise suivant l'hypothèque du créancier payé [5].

359. Renusson examine sur cette espèce de subrogation légale, beaucoup de questions ardues que je négligerai ici, parce qu'elles rentrent plutôt dans la matière des obligations.

Je ne puis cependant m'empêcher de parler de la difficulté suivante. Lorsqu'un acquéreur paye un créancier de son vendeur, la subrogation doit-elle avoir lieu sur tous les biens du vendeur qui étaient obligés et affectés par privilége au créancier qui a été payé, ou bien la subrogation a-t-elle son effet limité sur la chose acquise?

Renusson a traité cette question avec sagacité dans son chapitre 5, et il se fonde sur les lois 17, Dig. *qui potior*, et 3 au C. *de his qui in prior. loc.*, pour décider que la subrogation est limitée à la chose acquise. Telle était aussi l'opinion universelle [6].

Par exemple, je vous vends pour 30,000 francs la moitié du fonds Sempronien, sur la totalité duquel Leduc a un privilége pour cause de vente.

Vous avez l'imprudence de me payer comptant cette somme de 30,000 francs, montant du prix de votre acquisition.

Quelque temps après, je vends à Laboulie l'autre moitié du fonds Sempronien pour 30,000 francs.

Mais Leduc exerce contre vous l'action hypothécaire, et vous lui payez les 30,000 francs pour conserver la libre possession de votre portion du fonds Sempronien.

Pouvez-vous, en vertu de la subrogation légale, exercer le privilége du créancier payé sur l'autre portion vendue à Laboulie?

J'ai dit que cela ne se pouvait pas dans l'ancienne jurisprudence. Le seul avantage que pût vous procurer la subrogation était de vous défendre contre les créanciers postérieurs, et de leur être préféré sur l'immeuble par vous acquis.

Mais, sous le Code civil, il semble qu'on peut aller plus loin, en vertu du n° 3 de l'art. 1251, qui accorde la subrogation à celui qui, étant tenu pour d'autres, paye la dette qu'il avait intérêt à acquitter.

Or, l'acquéreur qui paye le créancier privilégié pour échapper au délaissement, est tenu pour le vendeur, il paye pour le vendeur : donc il est subrogé aux droits que le créancier payé avait contre ce même vendeur, et l'on se trouve placé hors du cas prévu par les lois romaines invoquées par Renusson [7].

La difficulté a cependant été jugée en sens contraire par arrêt de la cour de Bourges du 10 juillet 1829. Mais je crois que cette décision ne peut pas faire impression. La cour de Bourges ne répond pas à l'argument tiré de l'art. 1251, n° 3. Elle s'est laissé influencer par d'anciens principes, qui restreignaient la subrogation, tandis que la nouvelle législation lui donne une salutaire extension.

---

[1] L. 17, D. *qui potior*. L. 3, C. *de his qui in prior. loc.* Cujas, sur ce titre du Code.

[2] Louet, l. C, n° 38. D'Olive, chap. 14, liv. 4. Renusson, chap. 5.

[3] Pothier, *Orléans*, n° 73.

[4] Renusson, chap. 5, n° 2.

[5] Renusson, chap. 5, n° 3.

[6] Argou, *Droit français*, liv. 4, chap. 5, tit. 2. Pothier, t. 1, traités, *Oblig.*, n° 521, et coutumes d'Orléans, tit. 20, p. 73.

[7] Delvincourt, t. 2, p. 360, note 7. Toullier, t. 7, n° 145, p. 186, note 2, p. 188. Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 496.

L'immeuble étant vendu par saisie réelle, ne produit qu'une somme de 40,000 francs.

Pierre et Sempronius devront-ils concourir, et faire une perte proportionnelle? ou bien l'un doit-il l'emporter sur l'autre?

En se reportant aux principes, on aperçoit clairement que la concurrence est impossible.

Pierre a vendu à Sempronius une créance de 25,000 francs; il doit, par conséquent, l'en faire jouir, et dès lors il est manifeste qu'il doit lui céder la préférence. C'est aussi l'opinion de Grenier (t. 1, nº 93).

On objectera peut-être que, dans la cession faite purement et simplement, le cédant n'est tenu que de la garantie de droit, c'est-à-dire de l'existence de la créance, et nullement de l'insolvabilité (1693 du Code civil); que dès lors, ne devant pas garantir au cessionnaire qu'il sera payé de la totalité de son dû, il n'y a pas de raison pour que ce dernier lui soit préféré.

Mais je répondrai qu'il serait tout à fait contraire à la bonne foi que le vendeur de la portion de créance cédée, après en avoir touché le prix, vînt, par son propre fait, empêcher son cessionnaire de recouvrer la somme déboursée.

368. Je passe au créancier qui a été indiqué ou délégué pour recevoir le prix d'une vente.

La simple indication de payement, c'est-à-dire, celle qui n'est pas devenue une cession par l'acceptation du créancier indiqué, n'est pas un acte d'aliénation, ainsi que je l'ai dit plus haut, nº 344.

Ainsi le créancier indiqué ne peut prendre, *en son nom*, inscription contre l'acquéreur, ou bien faire transcrire la vente, lorsque ces mesures conservatoires n'ont pas été prises par le vendeur.

Car tous ces actes seraient nuls, comme faits *a non domino*.

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt du 22 février 1810, sur le fondement que l'indication d'une personne pour recevoir payement *ne forme pas un titre de créance au profit de cette personne, tant qu'elle n'a pas été acceptée par elle*.

Il a même été décidé par cet arrêt, que l'inscription de l'hypothèque (je dis la même chose de la transcription) ne peut pas valoir comme acceptation; car l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire du titre, et ne peut, par conséquent, ni le précéder, ni le suppléer, ni le former. D'ailleurs elle ne saurait constituer un lien de droit. Le débiteur qui a fait l'indication peut la révoquer, et rendre, par conséquent, l'inscription inutile.

Cet arrêt est fondé sur des principes si clairs, qu'on ne peut concevoir comment Grenier a pu y voir des difficultés [1]. Cependant je dois dire que cet auteur a renoncé plus tard [2] à ses doutes [3].

369. Mais du moins le créancier désigné pour recevoir le payement peut-il se prévaloir de l'inscription prise par le vendeur, ou de l'inscription d'office prise pour le même vendeur?

Pour résoudre cette question, il faut distinguer deux cas qui peuvent se présenter.

Ou les créanciers indiqués se prévalent de l'inscription prise par le vendeur pour prétendre une préférence sur les créanciers de l'acquéreur, et ils y sont fondés, parce qu'ils sont les mandataires du vendeur, et qu'ils ont qualité pour exercer ses droits;

Ou bien les créanciers indiqués se prévalent de l'inscription du vendeur pour prétendre une préférence sur d'autres créanciers du vendeur, et leur prétention doit être rejetée; car entre créanciers qui représentent le débiteur dans un droit qu'il n'a pas aliéné, la préférence ne se règle que par les droits personnels à chacun de ses créanciers; le droit de leur auteur ne peut servir à quelques-uns au préjudice des autres.

Cette distinction, qui n'a été faite ni par Merlin [4], ni par Grenier (t. 2, nº 388), est cependant nécessaire; c'est faute d'y avoir fait attention que ces deux auteurs se sont laissé entraîner dans des doctrines inexactes, à mon avis, dans leur généralité.

Merlin (vº *Inscript.*), qui professe ouvertement que dans aucun cas les créanciers délégués ne peuvent se servir de l'inscription du vendeur, pas même contre les créanciers de l'acquéreur, cite un arrêt de la cour de Bruxelles du 14 janvier 1817, rendu dans l'espèce suivante.

Mainy vend au sieur Debontridder trois

[1] *Hyp.*, t. 1, nº 89.
[2] *Hyp.*, t. 2, nº 388.
[3] Opinion conforme de Toullier, t. 7, nºs 287 et suiv., et d'un arrêt de Metz du 24 nov. 1820.

[4] *Répert.*, vº *Hyp.*, sect. 2, § 2, art. 15, et vº *Inscript. hyp.*, p. 474, nº 10.

maisons, et le charge de payer, à son acquit, une rente de 83 francs 44 cent. qu'il doit au sieur Drombise. — Transcription au bureau des hypothèques. Le conservateur prend une inscription d'office pour la rente, en *faveur du vendeur et du créancier*.

Plus tard les trois maisons vendues à Debontridder sont vendues par expropriation forcée; Drombise prétend exercer le privilége assuré au vendeur; mais cette priorité lui est contestée par un sieur Thiriar, créancier hypothécaire de Debontridder, et dont le titre n'avait été inscrit que postérieurement à la transcription de la vente faite par Mainy à Debontridder.

Sur ce débat, la cour de Bruxelles ordonne que Thiriar sera colloqué avant le sieur Drombise. « Attendu, dit-elle, que » l'appelant n'ayant ni vendu l'immeuble » dont il s'agit, ni fourni les deniers qui au- » raient été destinés à en faire l'acquisition, » n'est pas dans le cas de pouvoir réclamer » le privilége que l'art. 2103, §§ 1 et 3 du » Code civil, a établi en faveur des ven- » deurs et prêteurs, et que l'art. 2108 du » même Code leur conserve au moyen des » devoirs qu'il leur prescrit;

» Que ces lois sont d'autant moins appli- » cables que les priviléges, en tant qu'ils » s'écartent du droit commun, sont d'une » interprétation très-étroite. »

On voit que cet arrêt juge positivement que l'inscription prise par le vendeur ne peut servir au créancier indiqué, contre un créancier hypothécaire de l'acquéreur. Merlin le cite comme autorité; il l'approuve comme servant à corroborer son principe général, que les créanciers indiqués ne doivent pas jouir de l'effet de l'inscription d'office prise pour le vendeur.

Mais cet arrêt doit-il être suivi? je ne puis le croire, et je persiste à penser que je ne dois pas me départir de ma distinction.

Il est certain, en droit, que le créancier délégué est un véritable mandataire, chargé par celui qui a fait l'indication de recouvrer la créance. Or, le mandataire représente le mandant, et exerce toutes ses actions. Dès lors, puisque Drombise *prétendait exercer le privilége assuré au vendeur* (ce sont les paroles de Merlin), puisqu'il se prévalait du droit de son mandant, il n'y avait aucun moyen légal de le repousser. On ne pouvait pas plus l'exclure que Mainy, dont il se présentait pour occuper la place; et en l'admettant on ne causait aucun préjudice à Thiriar, puisque ce dernier, n'étant que le créancier hypothécaire de l'acquéreur Debontridder, devait nécessairement céder le pas au privilége du vendeur.

D'ailleurs n'est-il pas de principe que les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur.

L'inscription prise pour le vendeur devait donc profiter au créancier délégué.

On opposerait à tort que l'inscription avait été prise en faveur du vendeur *et du créancier*, et qu'à cause de cela elle était vicieuse; je réponds par l'adage vulgaire, *utile non vitiatur per inutile*. Que veut dire ensuite la cour de Bruxelles, en citant le principe que les priviléges sont de droit étroit, et qu'il ne faut pas les étendre? il ne s'agit pas ici de faire passer un privilége d'une personne à une autre personne qui lui est étrangère; il s'agit seulement de savoir si un mandataire peut se faire payer pour le compte de son mandant.

Ainsi l'arrêt de la cour de Bruxelles doit être rejeté. Il faut conclure sans hésiter que le créancier indiqué peut jouir du bénéfice de l'inscription régulière prise pour le vendeur, et qu'il peut l'opposer aux créanciers de l'acquéreur.

Je passe à la seconde branche de ma distinction.

J'ai dit ci-dessus que les créanciers indiqués par le vendeur ne peuvent tirer aucun avantage de l'inscription de celui-ci pour prétendre préférence sur ses autres créanciers.

Cette proposition est appuyée de différents arrêts qui la mettent au-dessus de toute controverse.

Isabelle, créancière d'une rente viagère, prend, le 20 avril 1799, une inscription sur les biens du sieur Scelles, son débiteur.

Le 28 février 1809, Scelles vend au sieur Laurent l'immeuble hypothéqué, et il le charge de payer la rente à la dame Isabelle. Le 21 mars transcription du contrat et inscription d'office.

La dame Isabelle laisse périmer son inscription. Lors de la distribution du prix, la dame Isabelle prétendit se faire colloquer à la date de son ancienne inscription quoique éteinte et périmée, parce que, disait-elle, l'inscription d'office équivalait à un renouvellement d'inscription de sa part.

Le sieur Guersant, autre créancier du sieur Scelles, et dont l'inscription subsistait encore, s'opposa à cette prétention, et son

système fut admis par la cour de Caen, le 12 février 1812.

Je crois qu'il devait l'être. La dame Isabelle et le sieur Guersant étaient tous deux créancieurs du sieur Scelles, lequel n'avait pas aliéné son privilége au profit de la dame Isabelle, puisqu'il ne paraît pas que la délégation eût été acceptée, donc leurs droits devaient être réglés par leurs inscriptions; mais la dame Isabelle avait laissé périmer la sienne ; elle ne pouvait donc prétendre avantage sur Guersant, dont l'inscription était intacte.

La délégation faite à son profit et suivie d'une inscription d'office n'avait pu changer cet état de choses, car l'inscription d'office ne pouvait profiter qu'au vendeur ou à ses représentants. Or, Guersant et Isabelle représentaient tous deux le vendeur Scelles, leur débiteur commun; dès lors, pour fixer leur rang, il fallait toujours en revenir aux inscriptions, et reconnaître que l'inscription d'Isabelle étant périmée, devait céder le pas à Guersant. Il est même certain que quand même le vendeur eût voulu intervertir les rangs, cela n'était pas en son pouvoir.

La décision de la cour de Caen est conforme à deux arrêts de la cour de cassation.

La première est du 15 frimaire an 12, en voici l'espèce :

Le sieur Demarez vend une maison à la demoiselle Guerre, et en délègue le prix à quelques créanciers.

Transcription du contrat au bureau des hypothèques et inscription d'office.

Les créanciers délégués prétendirent que par cette inscription ils devaient avoir préférence sur le sieur Marc Élie, autre créancier de Demarez vendeur.

Marc Élie répondit à cette prétention, en disant que l'inscription d'office conservait la préférence au vendeur et *à ses ayants cause* sur l'acquéreur; mais qu'elle ne réglait pas la préférence des créanciers du vendeur entre eux.

Ce système fut successivement admis par la cour de Nancy et par la cour de cassation, et il fut décidé que les créanciers délégués ne pouvaient avoir aucune préférence au prix de vente.

Le second arrêt est du 22 avril 1807. Il a été rendu dans des circonstances toutes semblables. Des créanciers indiqués soutenaient que l'inscription d'office prise pour le vendeur devait leur assurer la préférence sur les créanciers chirographaires [1] de ce même vendeur, et leur prétention fut rejetée comme elle devait l'être; car tant que le débiteur est resté propriétaire de son privilége, et qu'il ne l'a pas aliéné (on sait que la simple indication de payement n'empêche pas le délégant de rester propriétaire), ses créanciers qui le représentent *tous* dans ce droit non aliéné, ne peuvent réclamer avantage les uns sur les autres, lorsqu'ils n'ont pas, *d'autre part*, une cause de préférence.

370. J'ai parlé jusqu'ici des cas où les choses sont restées dans les termes d'une simple indication de payement.

Mais il en serait autrement si l'indication de payement avait été acceptée par le créancier indiqué ; car cette acceptation transformerait l'indication de payement en cession, et produirait entre le créancier indiqué et son débiteur un lien de droit qui opérerait une véritable vente (*supra*, n° 344).

Ainsi, le créancier indiqué pourrait prendre inscription en son nom. Ainsi, le conservateur devrait prendre aussi en son nom l'inscription d'office. Ainsi encore, il pourrait exercer en son nom tous les droits attachés à l'inscription prise par son débiteur. Tout cela ressort des termes de notre article.

371. Dira-t-on, comme le fait Merlin, que d'après l'art. 2108, le conservateur ne peut prendre inscription d'office au profit des cessionnaires et ayants cause du vendeur; que cet article est limitatif, d'autant plus qu'en le rapprochant de l'art. 29 de la loi du 11 brumaire an 7, on voit que ce dernier article décidait que la transcription conservait le privilége tant pour le vendeur que pour ses *ayants cause;* mais que le Code civil n'ayant plus parlé des *ayants cause,* on doit les exclure ?

Mais tout ce raisonnement roule sur une pure équivoque.

En droit, le cessionnaire représente le cédant, et notre article dit positivement que les *cessionnaires des diverses créances privilégiées exercent les mêmes droits que les cédants*

[1] Merlin dit qu'ils étaient chirographaires; Dalloz, qu'ils avaient inscription hypothécaire ! En général, on ne saurait mettre trop de précision et d'exactitude dans l'exposé des faits, et c'est ce que l'on ne trouve pas toujours dans les recueils d'arrêts.

en leur lieu et place; donc le délégué peut se prévaloir de l'inscription prise par le cédant, ou, ce qui est la même chose, le conservateur doit prendre inscription d'office au nom de l'un ou de l'autre. Les circulaires de la régie lui en font un devoir.

372. Mais il n'est pas aussi facile de décider si le créancier délégué, qui a accepté l'indication de payement, peut se prévaloir de l'inscription de son débiteur, pour prétendre préférence sur les autres créanciers de ce même débiteur.

Cependant, en distinguant les cas, on arrive à des résultats clairs et précis.

Lorsque les créanciers sur lesquels le délégué prétend préférence sont chirographaires, cette préférence doit lui être accordée. Car le débiteur commun était maître de faire des aliénations, sans que les chirographaires pussent s'en plaindre, puisque leurs titres ne leur donnent aucune suite sur la chose. Or, c'est ce qu'il a fait en cédant en quelque sorte au créancier délégué le prix de la chose vendue, et le privilége assis sur cette chose. Ce privilége est dès lors sorti du domaine du débiteur. Ses créanciers chirographaires ne peuvent plus s'en prévaloir, il appartient tout entier et exclusivement au cessionnaire, c'est-à-dire au créancier délégué (*supra*, n° 4).

373. Lorsque les créanciers sur lesquels le délégué prétend la préférence sont hypothécaires, c'est-à-dire lorsqu'ils ont une hypothèque antérieure à la vente faite par le débiteur, il faut voir si cette hypothèque a été inscrite avant ou après la vente.

Si elle a été inscrite avant la vente, le délégué ne peut prétendre droit sur la chose vendue qu'après les créanciers inscrits du vendeur.

En effet, le cédant n'a pu céder à son cessionnaire plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Or, le cédant ne pouvait rien prendre sur le prix qu'après que ses créanciers hypothécaires étaient payés. Donc, son cessionnaire doit se soumettre à la même condition.

On voit tout de suite la différence qui existe entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires.

Les créanciers hypothécaires ont un droit spécial sur la chose, et pour l'exercer, ils n'ont pas besoin de se prévaloir du droit de leur débiteur. Car ils agissent par l'action hypothécaire, de leur chef.

Au contraire, les créanciers chirographaires ne pourraient se servir du privilége de leur débiteur qu'en exerçant ses droits. Car, de leur chef, ils n'ont pas le droit de suite, il est de principe que les créanciers chirographaires ne peuvent exercer que les droits que leur débiteur n'a pas aliénés sans fraude. Et comme le débiteur a aliéné son privilége, nul doute que le cessionnaire en faveur de qui l'aliénation est faite ne soit préférable aux chirographaires.

374. Si les créanciers hypothécaires n'ont pas pris d'inscription avant la vente de l'immeuble hypothéqué et la cession faite au créancier délégué, il y a plusieurs difficultés à examiner; pour y parvenir, il faut s'appuyer du secours de quelques exemples afin de rendre les choses plus sensibles.

Par exemple, Pierre est débiteur de 50,000 fr. envers Titius, lequel s'est fait consentir hypothèque sur le fonds Cornélien. Mais il oublie de prendre inscription.

Pierre vend à Jacques le fonds Cornélien, et délègue le prix à Sempronius, qui lui a prêté de l'argent par billet, et qui déclare par acte authentique accepter la délégation. Le contrat est transcrit sur-le-champ, et une inscription d'office est prise en faveur de Sempronius.

Titius ne prend inscription que dans la quinzaine pour son hypothèque. On procède à une distribution du prix, et Sempronius prétend à la préférence sur Titius.

Titius pourra-t-il combattre cette prétention en disant que le privilége, en se trouvant transféré à Sempronius, ne doit pas lui être plus nuisible que s'il fût resté entre les mains de Pierre?

Cette question n'est pas sans difficultés. Sempronius pourra faire valoir en sa faveur des raisons empruntées à la bonne foi et à la publicité du régime hypothécaire. Ces raisons ne sont pas dépourvues de force.

Le cessionnaire qui achète le privilége du vendeur, et qui ne trouve pas d'inscription prise sur l'immeuble vendu, se croit sûr de la préférence; il ne contracte qu'à raison de cette préférence qu'il a vue lui être acquise. C'est tant pis pour le créancier qui n'a pas veillé à ses droits, et qui a laissé son hypothèque imparfaite et sans efficacité: les tiers ne doivent pas souffrir de sa négligence.

Or, Sempronius est un véritable cessionnaire. On l'a établi (n° 344) avec l'autorité de Loyseau, de Toullier et des lois romaines.

Titius ne peut donc venir le troubler par son inscription tardive.

Sempronius, sachant que le fonds Cornélien allait être vendu, pouvait évidemment prendre jugement contre Pierre, et puis se faire inscrire chez le conservateur. Nul doute qu'alors il n'eût eu la préférence sur Titius, créancier inscrit postérieurement. Il n'a pas pris cette voie de rigueur, parce que la négligence de Titius lui a laissé croire que la cession du privilége produirait pour lui des résultats aussi avantageux. Serait-il juste que Titius vînt après coup lui enlever sa position? De plus, on ne peut contester qu'en vendant l'immeuble, Pierre n'eût pu y asseoir une hypothèque au profit de Sempronius; et si Sempronius eût pris de suite inscription, il serait certainement préférable à Titius. Eh bien! il a fait quelque chose d'à peu près semblable; il a fait passer à Sempronius son privilége, c'est-à-dire un droit qui saisit la chose comme l'hypothèque, et qui de plus a des prérogatives plus étendues. Les résultats doivent donc être au moins les mêmes.

Mais quelque spécieuses que soient ces raisons, il y en a d'autres qui doivent assurer la préférence au créancier hypothécaire.

Le cédant n'a pu transmettre que les droits qu'il avait lui-même; et, comme le dit notre article, le cessionnaire ne peut exercer que les mêmes droits que le cédant.

Or, le cédant avait déjà aliéné en faveur de Titius un droit de préférence sur le prix de l'immeuble Cornélien; car toute concession d'hypothèque emporte avec elle un droit de préférence sur les deniers que procurera la vente; il est bien certain que si quelqu'un doit être primé sur le prix de l'immeuble, c'est celui qui a donné l'hypothèque sur cet immeuble.

Pierre avait donc promis à Titius que ce dernier aurait sur le prix un droit préférable au sien.

Il suit de là que Titius n'avait pas à redouter le privilége de Pierre; ce n'était pas pour s'en garantir qu'il avait des précautions à prendre. C'était contre les autres créanciers de Pierre, ou contre les créanciers du nouvel acquéreur, mais jamais pour se mettre à l'abri de la concurrence de son propre débiteur.

Ceci posé, qu'est-ce que Sempronius? C'est le représentant de Pierre; il a pris sa place; il est son successeur : il ne peut donc avoir plus de droits que lui, et il ne peut pas plus inquiéter Titius que Pierre n'aurait pu l'inquiéter.

Sempronius, dans toute son argumentation, a beaucoup plus parlé de ce qu'il aurait pu faire que de ce qu'il a fait. Sans doute, s'il eût préféré avoir hypothèque et qu'il l'eût fait inscrire avant celle de Titius, il aurait eu la préférence. *Entre créanciers*, le rang d'hypothèque se règle par l'inscription. Mais ici il ne s'agit pas de rang *entre créanciers* : il s'agit du rang entre Titius *créancier* et Pierre son *débiteur*, dont Sempronius exerce les droits. Car Sempronius ne doit pas s'y méprendre. Le privilége dont il s'appuie n'est pas le *sien*, en ce sens qu'il n'est pas vendeur. C'est le privilége de Pierre qu'il veut exercer.

Il en aurait été autrement s'il eût pris hypothèque. Cette hypothèque eût été vraiment *sienne*, puisqu'elle aurait été l'accessoire de sa créance. Mais le *privilége* est-il l'accessoire de ce que Pierre lui doit? Il faut toujours en revenir là. Il ne fait qu'exercer un droit attaché à un créance de Pierre, et que ce dernier lui a cédé.

Sempronius parle de sa bonne foi et de l'erreur où il a été jeté par un défaut d'inscription de la part de Titius. Mais il y avait un moyen bien simple de savoir si Pierre n'avait pas de créanciers ayant droit de préférence sur l'immeuble; c'était d'attendre la quinzaine de la transcription, et de ne traiter que si des inscriptions ne se présentaient pas dans ce délai [1].

Je suppose maintenant que dans l'espèce posée tout à l'heure, Sempronius ait accepté la délégation par acte authentique, mais que la transcription et l'inscription d'office ne s'effectuent que longtemps avant la vente, et aussi après que Titius se sera fait inscrire. (Je suppose toujours que l'inscription de Titius est postérieure à la délégation.)

Sempronius sera encore moins heureux, puisqu'il y aura cette circonstance, que Ti-

[1] Si l'immeuble vendu provenait d'un partage, il faudrait faire attention aux soixante jours accordés au copartageant pour s'inscrire. Ce n'est qu'au bout de ce temps, écoulé sans inscription, qu'on serait sûr que le privilége du vendeur ne serait pas paralysé par celui de son copartageant dont il était débiteur pour retour de lot.

tius a pris inscription sans retard, et que l'on aperçoit dans cette espèce avec bien plus d'évidence combien il serait choquant qu'un tel commerce sur le privilége fût nuisible aux créanciers de bonne foi.

376. Lorsque la délégation contient une novation, le créancier délégué perd toute espèce de droits aux hypothèques et aux priviléges préexistants. Ainsi, il n'a rien à réclamer du chef du délégant.

Mais si, par une clause expresse, les priviléges et hypothèques sont réservés, il faut appliquer ici tout ce que j'ai dit de la cession.

377. Voyons pour la subrogation.

Lorsque la subrogation est accordée par le créancier payé, le subrogé peut être assimilé à un cessionnaire pour les mesures nécessaires à la conservation du privilége qui lui est transmis.

Ainsi, il faut décider que le subrogé profite de l'effet de l'inscription prise par le subrogeant, et que la loi ne le soumet à aucune obligation pour jouir de ce bénéfice. Néanmoins, dit Toullier, la prudence exige que le subrogé fasse dans tous les cas renouveler l'inscription en son nom, pour prévenir la mauvaise foi du créancier, qui, de connivence avec les autres créanciers postérieurs, pourrait consentir à la radiation de son inscription. Il cite un exemple tiré d'un arrêt de Paris, du 29 août 1811 [1].

Il peut aussi faire signifier ou remettre au conservateur la quittance du créancier contenant subrogation. Le conservateur en fait mention en marge de l'ancienne inscription; et à compter de ce moment, la radiation ne peut avoir lieu que du consentement du subrogé [2].

Si le privilége n'est pas inscrit lors de la subrogation, le subrogé peut prendre inscription, comme l'aurait pu le subrogeant lui-même.

Bien plus, si le subrogeant prend inscription en son nom, il lui suffit d'annoncer qu'il est subrogé aux droits du créancier; mais, par les raisons ci-dessus, n° 364, et qui trouvent ici leur application, il n'y a rien qui l'oblige à inscrire l'acte de subrogation. Il suffit qu'il précise l'acte d'où découle le privilége qui lui est transporté.

378. Si le créancier a reçu, en différents temps, différentes portions de sa créance, de plusieurs personnes qu'il a subrogées dans ses droits pour les portions qu'il a reçues d'elles, et s'il reste encore créancier d'une partie, il doit leur être préféré. En effet, il est de principe que la subrogation ne peut jamais être opposée au créancier subrogeant, ni lui préjudicier. Ce point de jurisprudence était constant avant le Code civil où l'on tenait pour maxime : « *Nemo videtur cessisse contra se* [3]. »

Le Code civil l'a consacré par l'art. 1252 du titre des obligations [4].

Il est donc inutile d'entrer ici dans des développements de principes qui seraient hors de mon sujet. Je renvoie, au surplus, à ce que j'ai dit *supra*, n° 233. On verra aussi, n° 234, ce qui doit avoir lieu pour fixer le rang des prêteurs de fonds qui ont payé avec subrogation les créanciers du vendeur, et qui se trouvent en concurrence avec des créanciers de ce même vendeur non payé.

379. Quant aux créanciers subrogés entre eux, il est non moins certain qu'ils doivent venir par concurrence, et sans aucun égard à la date des subrogations. En effet, ils ont tous la même cause. Tous ont payé pour éteindre la dette; leurs droits doivent être égaux [5].

Cependant il peut se présenter une question qui n'est pas sans difficulté.

J'ai dit que le créancier était préférable à ses subrogés pour ce qui lui reste dû. On demande donc si celui qui lui a payé un reliquat, et qui lui est subrogé, peut exercer la préférence qu'il était en droit de réclamer contre les autres subrogés.

Renusson examine cette difficulté [6] et décide que le créancier qui ne fait que recevoir son payement, et *qui touche les deniers pour le compte du débiteur qui se libère*, ne peut pas subroger dans ce droit d'exclusion et de préférence dont il vient d'être question. Car, dit-il, encore que le créancier qui reçoit le payement de son dû, *consente la subrogation* en ses droits, au profit de ceux qui ont fourni leurs deniers au dé-

---

[1] Toullier, t. 7, n° 168. Grenier, t. 1, n° 92, et t. 2, n° 382. *Supra*, n° 363.
[2] Battur, t. 2, p. 65.
[3] Dumoulin, *de usuris*, *quæst.* 89, n° 670. Renusson, chap. 15. Pothier, *Orléans*, tit. 20, n° 87.
[4] Toullier, t. 7, n°s 169 et suiv.
[5] Pothier, *Orléans*, tit. 20, n° 87. *Infra*, n° 608.
[6] Chap. 16, n° 15.

biteur, la subrogation ne vient pas en ce cas du créancier qui est contraint, malgré qu'il en ait, de recevoir ce qui lui est dû; elle vient plutôt du débiteur qui ne peut pas faire préjudice à ceux qui lui auraient prêté leurs deniers pour faire les premiers payements. Toullier est aussi de ce sentiment [1], et dit que c'est celui de Duparc-Poullain.

Mais Renusson [2] pense que, lorsque le créancier fait autre chose que recevoir son payement, lorsqu'il agit pour son utilité particulière, et qu'il transporte ses droits *venditionis causâ*, il peut céder son droit de préférence et d'exclusion. Car, quoi qu'en dise Toullier, ce droit n'est pas personnel; il est susceptible d'aliénation. Il peut être vendu, et si le créancier ne peut y subroger, ce n'est pas à raison de la personnalité du droit, mais à raison des différences existantes entre la subrogation et la cession.

380. Je m'occupe maintenant du cas où la subrogation est accordée par le débiteur.

Les moyens de conserver le privilége transmis sont indiqués dans les art. 2108 et 2110 ci-dessus.

La transcription seule du contrat de vente vaut inscription pour le prêteur de deniers. Ainsi il n'est nullement nécessaire de faire mention des actes d'où découle la subrogation.

Le prêteur lui-même peut procurer cette inscription : il lui suffit de faire transcrire le contrat de vente. Mais il faut faire attention si le contrat porte subrogation en faveur du prêteur de deniers pour achat de la chose, ou si la subrogation a été consentie par des actes subséquents.

Au premier cas, le conservateur est obligé de prendre inscription d'office en faveur du prêteur, et le prêteur figure en nom sur le registre des inscriptions.

Au second cas, le conservateur ne peut prendre inscription en faveur du prêteur, puisque le prêt et la subrogation lui sont également inconnus. Mais le privilége du prêteur n'en est pas moins conservé; car il lui suffit qu'il y ait inscription en faveur du vendeur. Cette inscription lui profite (*supra*, n° 289).

Il faut remarquer cependant que souvent il peut être désavantageux pour le prêteur de deniers, de ne pas figurer en nom personnel sur le registre des inscriptions. Car il se trouve privé des avertissements et sommations qui sont ordonnés par la loi, lorsqu'il s'agit de procéder à la purgation des priviléges. Il pourrait aussi arriver que le vendeur donnât une mainlevée frauduleuse de ses inscriptions (*supra*, n° 377).

Aussi la prudence exige-t-elle qu'il prenne en son nom une inscription, en vertu des actes constatant la destination et l'emploi des deniers.

A l'égard de ceux qui ont prêté des deniers pour le payement des ouvriers privilégiés, ils conservent leur privilége par la double inscription du procès-verbal qui constate l'état des lieux et du procès-verbal de réception (*supra*, 319). Les réflexions que j'ai faites sur les prêteurs de deniers pour achat de la chose sont absolument applicables ici.

381. Tous les prêteurs concourent entre eux, quelle que soit la date de leur contrat. « Si duorum pupillorum nummis res fuerit » comparata, ambo in pignus concurrent » pro his portionibus quæ in pretium rei » fuerint expensæ [3]. »

Le dernier prêteur ne pourrait en aucune manière se prétendre subrogé au droit de préférence qu'a le créancier pour le reste de son dû. Car aussitôt que ce créancier a été payé, sa préférence s'est anéantie par le payement. *Solutione tollitur omnis obligatio.* Il n'a pas été au pouvoir de l'acheteur, quand il l'aurait voulu, de faire revivre un droit éteint, une exclusion injuste en tout autre qu'en la personne du vendeur. Encore moins le débiteur a-t-il pu transmettre un droit contraire à celui qu'il avait donné aux premiers subrogés; c'eût été trahir la promesse qu'il leur avait faite de leur transférer les droits du vendeur. Ainsi jugé par arrêt du parlement de Paris du 17 juillet 1694 [4].

382. Tout ce que je viens de dire pour le cas de subrogation conventionnelle accordée par le créancier s'applique aussi à la conservation des priviléges transmis par la voie de la subrogation légale.

---

[1] Toullier, t. 7, n° 170.
[2] Chap. 16, n°s 6 et 15.
[3] L. 7, Dig. *qui potior in pignor.* Brodeau sur Paris, art. 95, n° 9, et sur Louet, lettre D, n° 63, § 8. Renusson, chap. 16. Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 8, n° 94. *Répert.*, v° *Subrog.* Toullier, *loc. supra cit.*
[4] Renusson, chap. 16, et addition.

ARTICLE 2113.

Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites, ainsi qu'il sera expliqué ci-après.

SOMMAIRE.

383. Quels priviléges descendent dans la classe des hypothèques.

384. Renvoi au nº 35, pour savoir comment cette transformation est conforme aux principes.

COMMENTAIRE.

383. Les priviléges soumis à l'inscription sont seuls exposés à descendre dans la classe des hypothèques; et c'est le sort qui les attend si l'on n'observe pas les formalités indiquées pour leur conservation et dont j'ai parlé (*supra*, nºˢ 286 *ter* et 325).

Le privilége de séparation des patrimoines, quoiqu'il ne soit que très-improprement appelé privilége, peut, comme tous les autres priviléges soumis à inscription, dégénérer en hypothèque [1].

384. J'ai fait connaître plus haut (nº 27) pour quels motifs le privilége, étant éliminé, laisse subsister après lui un droit d'hypothèque.

---

[1] Cette opinion peut être sérieusement contestée. Si les créanciers du défunt, qui invoquent le bénéfice de séparation de patrimoines, étaient créanciers hypothécaires du défunt, quoique non inscrits, le défaut d'inscription de leur privilége leur laissera leur qualité d'hypothécaires, sauf à prendre rang entre eux par leurs inscriptions subséquentes. Mais s'ils étaient chirographaires, ou quelques-uns d'entre eux, ceux-ci ne deviendront jamais hypothécaires, quoi qu'ils fassent ou ne fassent pas dans le délai de six mois accordé par l'art. 2111. Car le privilége introduit ne l'est qu'en faveur de la masse des créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier; ce sont ces derniers qu'ils doivent primer, mais ils n'ont pas à se primer entre eux. En un mot, ce privilége est tel, que par sa vertu, tous les créanciers du défunt, ne fussent-ils que chirographaires, ont le droit d'être payés sur les biens de la succession, par préférence à tous et chacun des créanciers de l'héritier, ces derniers fussent-ils tous hypothécaires; mais il n'opère aucun changement dans la nature ou qualité des créances des créanciers de l'héritier entre eux. C'est ce que Troplong semble perdre de vue.

Si ces créanciers perdent leur privilége, par défaut d'inscription de leur part dans les six mois de l'ouverture de la succession, il leur reste la faculté de demander toujours la séparation, *tant que les immeubles du défunt existent dans la main de l'héritier*, art. 880. De là résulte que si l'héritier les a vendus, ils ne peuvent plus exercer leur droit de suite et de préférence sur le prix, ni prétendre venir à l'ordre dans la distribution de ce prix. De là résulte encore que si, après les six mois expirés, l'héritier affecte les immeubles d'hypothèques au profit de ses créanciers personnels, la demande de séparation faite postérieurement par les créanciers du défunt ne pourra pas préjudicier aux droits acquis par ces inscriptions hypothécaires, si ces créanciers n'étaient pas eux-mêmes hypothécaires antérieurement inscrits en vertu du droit originaire d'hypothèque affecté à leurs créances. Car une fois les six mois expirés, l'héritier peut librement disposer des immeubles, soit par vente soit par hypothèque, sans égard pour le droit de séparation des créanciers du défunt. Le sens de l'art. 880 du Code civil combiné avec l'art. 2111 est donc, que le droit de séparation peut être demandé sur les immeubles de la succession tant qu'ils existent et *tels qu'ils existent*, après les six mois, dans la main de l'héritier, *tamdiu quamdiu et taliter qualiter*. Quant aux créanciers chirographaires, comme l'événement du décès de leur débiteur n'a pas l'effet de changer leur condition et leur qualité, le droit de séparation qui leur compète se réduit, dans ce cas, à être payés après les hypothécaires, par contribution sur ce qui reste du prix des immeubles de la succession, à l'exclusion des chirographaires et des autres créanciers de l'héritier n'ayant pas acquis dans l'intervalle, *debito modo*, d'hypothèque sur ces immeubles.

(*Note de l'éditeur belge.*)

FIN DU TOME PREMIER DE L'ÉDITION FRANÇAISE.

CODE CIVIL.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE XVIII.

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

ARTICLE 2114.

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est de sa nature indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit, en quelques mains qu'ils passent.

SOMMAIRE.

385. Origine de l'hypothèque. Ses différences avec le gage. Renvoi.
386. Imperfection de la définition que le Code donne de l'hypothèque. *Omnis definitio periculosa*. Caractères de l'hypothèque.
387. Renvoi pour les biens susceptibles d'hypothèque; pour le rang des créanciers; pour la poursuite contre les tiers détenteurs.
388. De l'indivisibilité de l'hypothèque. A quoi elle tient. Sur quoi elle est fondée.
389. Elle a lieu tant activement que passivement.
390. De la règle que les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout. Elle est fondée sur l'indivisibilité de l'hypothèque. Pourquoi l'hypothèque conventionnelle ne peut être réduite.
391. Autres conséquences de cette indivisibilité. Renvoi.

COMMENTAIRE.

385. J'ai fait connaître ci-dessus (nos 7, 8, 9 et suiv.) l'origine de l'hypothèque et ses différences avec le gage proprement dit. J'ai montré aussi qu'elle ne dessaisit pas le débiteur, lequel conserve toujours la propriété et la possession de la chose hypothéquée. Ces prémisses nécessaires du droit pour connaître toute la force de l'hypothèque faciliteront l'intelligence de la définition qu'en donne le Code civil.

« C'est, dit-il, un droit réel sur un immeuble affecté à l'acquittement d'une » obligation. Il est indivisible, et suit les » immeubles en quelques mains qu'ils passent. »

386. On trouve dans ce peu de mots plusieurs des caractères de l'hypothèque. Cependant tous n'y sont pas exprimés.

C'est un droit réel, dit notre article, car l'hypothèque réside dans la chose, *ejusque*

ossibus adhæret ut lepra cuti. C'est ce que les Romains appelaient droit dans la chose, *jus in re*, pour le distinguer du droit personnel qui ne donne lieu qu'à une action contre la personne. Aussi Pothier observe-t-il [1] que l'hypothèque, étant *un droit dans la chose*, ne pouvait, au commencement, s'acquérir que par la tradition, comme tous les autres droits réels; mais que, pour la commodité du commerce, le préteur établit par la suite qu'elle devait s'acquérir par la simple convention.

L'hypothèque, étant un droit réel, suit l'immeuble qui y est affecté, en quelques mains qu'il passe. C'est le propre de toutes les actions réelles; *rem sequuntur* [2]. Aussi notre article ne pouvait-il se dispenser de dire explicitement une chose qui est de droit [3]. Les définitions ne doivent contenir rien d'inutile.

Notre article dit que l'immeuble est *affecté* à l'acquittement de l'obligation, pour montrer, d'abord que les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèque, ensuite que cet immeuble est le gage du créancier, et que c'est sur lui que ses poursuites doivent se diriger. Et puisque l'immeuble est *affecté* à l'acquittement de l'obligation, il faut en conclure que le débiteur ne peut plus l'engager à d'autres obligations, au préjudice du premier créancier hypothécaire.

Notre article ajoute, en dernier lieu, que l'hypothèque est indivisible, c'est-à-dire qu'elle subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chaque portion d'iceux, « *est tota in toto, et tota in qualibet parte*. » Hypothèque ne se divise point, dit Loisel (liv. 3, tit. 7). Il suit de là que le créancier peut faire vendre celui des immeubles hypothéqués qui lui convient le mieux. « Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velit distractis, ad suum commodum pervenire. » L. 8, D. *de distract. pignor*. [4].

Mais pour que la définition fût complète, il aurait fallu ajouter que le débiteur conserve la possession de la chose hypothéquée, et que la fin de l'hypothèque est la vente de la chose affectée. La première de ces circonstances est importante. Elle constitue un des caractères principaux de l'hypothèque.

La seconde a été présentée par Pothier [5]: « L'hypothèque, ou droit de gage, est le droit qu'a un créancier *dans la chose* d'autrui, *de la faire vendre en justice, pour, sur le prix, être payé de ce qui lui est dû*. »

On ne trouve guère dans le droit de définition qui ne rappelle l'adage connu, *omnis definitio periculosa* [6].

387. Nous verrons se développer plus tard ces différents caractères de l'hypothèque. Nous verrons quels biens sont susceptibles d'être hypothéqués (art. 2118); comment, en se mettant en action, l'hypothèque poursuit le tiers détenteur de l'immeuble engagé (art. 2166 et suiv.); quel classement doit s'observer dans le rang des créanciers hypothécaires (art. 2134 et suiv.). Mais, malgré mon désir de ne pas anticiper sur des détails qui trouveront *in decursu* une place plus convenable, je ne puis m'empêcher de traiter ici de l'*indivisibilité* de l'hypothèque, parce qu'il me serait difficile de placer ailleurs ce que je dois en dire.

388. Dumoulin a fort bien montré [7] que le droit d'hypothèque n'est pas indivisible par sa nature, et qu'il est en lui-même (*mere*) susceptible de division comme le sort principal. « Sic ergo hypotheca, ejusque luitio non minus est dividua quam ipsum principale debitum, omni respectu dividuum [8]. »

Seulement il ne doit pas être divisé, parce que les conditions ne peuvent pas être scindées. « Cui fundus legatus est *si decem dederit* partem fundi consequi non potest nisi totam pecuniam numeraret. » L. 56, D. *de cond. et demonst.* Or l'hypothèque est la condition du prêt, et en retournant l'exemple donné par la loi romaine, on peut dire: Vous m'avez donné une hypothèque, qui constitue à mon profit un gage, que je dois

[1] *Orléans*, tit. 20, nº 6.

[2] Loyseau, *Déguerpissement*, chap. 1, liv. 2, nºs 3 et 5.

[3] Ce n'est qu'en fait de *meubles* que les droits réels ne produisent pas toujours le droit de suite. *Infra*, nºs 396, 397, 414 à 415. Mais le Code parle ici des *immeubles*; et, à l'égard de ce genre de biens, le droit réel produit toujours le droit de suite.

[4] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 576, nº 17, § 5.

[5] *Orléans*, tit. 20, nº 1.

[6] Grenier, t. 1, nº 4, trouve *irréprochable* la définition que Neguzantius donne de l'hypothèque; elle me paraît moins exacte encore qu'aucune autre.

[7] *Extricatio labyrinth. divid. et individ.*, p. 3, nº 28.

[8] Nous pensons que Troplong se serait plus nettement exprimé, dans l'esprit de Dumoulin, en disant que le droit d'hypothèque n'est pas indivisible par essence; qu'il ne l'est que par sa nature; d'où résulte que les parties peuvent y déroger par leurs conventions.

(*Note de l'éditeur belge.*)

vous remettre si vous me payez 10,000 fr. que vous me devez. Vous ne pourrez obtenir la liberté, *même d'une faible partie* du fonds hypothéqué, qu'en me payant la somme tout entière (V. *infra*, n° 775) [1].

L'hypothèque a donc quelque chose d'indivisible; mais ce n'est pas une indivisibilité parfaite et naturelle. Ce n'est qu'une indivisibilité relative et impropre. « Fateor, tamen, quod pignus non potest dividi invito » creditore; *individuitatem quamdam habet,* » *non simplicem, sed secundum quid, nec* » *veram et propriam*, quippe cui non competat individui definitio, *sed impropriam.* » Ainsi parle Dumoulin (part. 3, n° 31).

La raison pour laquelle l'hypothèque doit rester dans l'état d'indivision, c'est en premier lieu l'utilité commune, *utilitas communis* (part. 3, n° 30); car on peut souvent ignorer la valeur d'un bien hypothéqué, ou bien, si on la connaît, cette valeur peut varier, et le gage peut descendre au-dessous de ce qu'il valait primitivement; alors il arrive que le créancier se trouve frustré, et n'a pas de garantie pour le reliquat de la créance. Il est donc plus avantageux que le créancier retienne le gage tout entier, et puisse le faire vendre pour se faire payer du restant.

En second lieu, on suppose qu'en constituant l'hypothèque, il a été sous-entendu entre les parties que le gage ne serait purgé que par le payement intégral de la dette. « *Ne dividatur vigor et vinculum pignoris, de-* » *bito principali diviso,* » dit encore Dumoulin [2].

389. Cette indivisibilité de l'hypothèque a lieu tant passivement qu'activement.

Elle a lieu *passivement*. Par exemple, le débiteur laisse deux héritiers, dont l'un paye sa portion virile de la dette; mais pour cela, le gage ne sera pas purgé pour moitié, et l'héritier qui a payé ne pourra pas demander mainlevée de l'hypothèque pour sa portion virile. Le créancier conservera son hypothèque sur le tout, et, si besoin est, il fera vendre la totalité de l'immeuble pour se payer de ce qui lui reste dû. C'est donc une erreur bien inconsidérée de François Arétin, d'avoir écrit que puisque l'obligation personnelle se divise entre les héritiers, il en doit être de même de l'hypothèque. Il n'y a pas d'hérésie monstrueuse qui ne puisse s'appuyer du nom d'un jurisconsulte! Bornons-nous à dire avec Dumoulin : « *Quod est* » *falsissimum*, quia omnis hypotheca sive » legis sive hominis, *est tota in toto, et tota* » *in qualibet parte* [3]. »

L'indivisibilité a lieu *activement;* ainsi, si le créancier a deux héritiers, et que le débiteur paye à l'un sa portion virile, l'autre conservera la totalité de l'immeuble sous l'hypothèque originaire, qui ne recevra aucune diminution de ce que la dette aura été payée pour partie, *propter indivisam pignoris causam* [4]. Il est même certain que, quand même l'héritier payé aurait consenti à la diminution de l'hypothèque, cette convention ne pourrait nuire à l'autre créancier, dont la condition ne peut être rendue plus mauvaise sans son propre fait.

390. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque est fécond en conséquences, et d'abord c'est de lui qu'émane cette règle consacrée par l'art. 2161 du Code civil, que le débiteur qui a promis de donner tels et tels immeubles en hypothèque, ne peut obtenir la réduction de cette hypothèque, quand même elle offrirait plus de garantie qu'il n'en faut pour répondre de la dette (*infra*, n° 749).

De plus, c'est lui qui a fait établir cette autre règle consacrée par l'art. 873, que les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout.

En effet, l'hypothèque ne pouvant pas se partager, chaque héritier détenteur des biens hypothéqués par le défunt, est exposé à se voir rechercher pour le total de la dette, dans chaque portion des biens couverts de l'hypothèque. A la vérité, l'obligation personnelle se divise de plein droit en-

[1] Ce principe de l'indivisibilité de l'hypothèque ne doit pas être entendu en ce sens que le tiers détenteur de partie de l'immeuble hypothéqué à la sûreté d'une obligation solidaire ne puisse se prévaloir de la prescription décennale de l'hypothèque contre le créancier. On ne peut lui opposer qu'il suffit qu'elle continue de subsister sur les autres parties, pour qu'elle doive être maintenue sur la totalité. (Cass., 25 août 1835.)

L'hypothèque consentie au profit de deux époux : à l'un pour la nue propriété, et à l'autre pour l'usufruit, continue de subsister sur toute la propriété, si le titre de l'un des époux est annulé pour fraude. (Cass., 12 avril 1836.)

L'hypothèque peut être cédée séparément de la créance à laquelle elle est attachée, pour être exercée par un autre créancier : il n'y a pas indivisibilité entre la créance et l'hypothèque. (Code civil, art. 1689 et 2114. Bourges, 20 juillet 1832. Sirey, t. 33, 2e part., p. 626.)

[2] *Loc. cit.* L. *quamdiu*, C. *de distract. pignor.*

[3] Part. 2, nos 91, et part. 3, n° 28.

[4] Dumoulin, part. 3, n° 28.

tre les héritiers; c'est le vieux principe de la loi des Douze Tables. Mais le créancier hypothécaire n'est pas tenu de suivre cette division; et par l'action hypothécaire, qui est indivisible, il peut sommer chaque héritier détenteur d'un objet hypothéqué, de payer la totalité de la dette ou de délaisser. « Actio quidem personalis inter hæredes pro » singulis portionibus quæsita scinditur; pi- » gnoris autem jure, multis obligatis rebus » quas diversi possident, cum ejus obliga- » tio non personam obliget, sed rem sequa- » tur, qui possident non pro modo singula- » rum rerum substantiæ conveniuntur, sed » in solidum, ut vel totum debitum red- » dant, vel eo quod detinent, cedant. » L. 2 C. *si unus ex plurib.* [1].

En effet, lorsque le créancier, poursuivant son action hypothécaire pour le total de la dette, presse un héritier de le lui payer, il ne considère pas cet héritier comme obligé personnel, mais bien comme tiers détenteur, pour tout ce qui excède sa portion virile. L'héritier actionné par la voie hypothécaire ne doit directement que le délaissement, et les véritables conclusions du demandeur doivent tendre à obtenir le délaissement, *si mieux n'aime l'héritier payer le total*. Je reviendrai là-dessus en commentant l'art. 2170 et l'art. 2172.

Mais ce serait une grande erreur de s'imaginer que l'héritier est tenu hypothécairement sur ses propres biens. L'adition d'hérédité ne produit pas une hypothèque tacite sur les biens propres de celui qui accepte. Aussi Bartole a-t-il dit avec concision, d'après la loi 29, D. *de pignorib. et hypoth.* : « *Obligatio facta a defuncto non porrigitur ad* » *bona ejus hæredis.* »

Si le créancier hypothécaire veut avoir hypothèque sur les biens de l'héritier, il faut qu'il obtienne une condamnation contre lui, et encore cette condamnation ne donnera-t-elle hypothèque que pour la portion virile de la dette dont l'héritier est tenu [2].

391. L'indivisibilité de l'hypothèque produit encore d'autres effets remarquables, que je ferai ressortir quand j'arriverai au rang des hypothèques entre elles, et que je parlerai du concours entre les hypothèques spéciales (*infra*, nos 750 et suiv.).

Enfin, l'on trouvera des exceptions au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dans les art. 2143, 2144 et 2161 du Code civil.

ARTICLE 2115.

L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.

SOMMAIRE.

392. L'hypothèque est du droit des gens. Mais la manière de l'acquérir dépend du droit civil. Elle est donc subordonnée aux formes autorisées par la loi.

392 *bis*. L'étranger peut acquérir hypothèque en France en se conformant aux lois françaises. Raison de cela. Les formes organisées par le droit civil ne sont pas un obstacle à ce qu'un acte, qui est en lui-même du droit des gens, reste tel.

COMMENTAIRE.

392. Cet article a pour but d'indiquer que l'hypothèque dépend des formalités auxquelles la loi l'a soumise. En effet, quoique ce contrat soit en soi du droit des gens, puisqu'il est pratiqué chez toutes les nations civilisées [3], néanmoins la manière de l'acquérir est du droit civil, qui, mettant à l'écart les formes gênantes du nantissement, a permis que le débiteur restât en possession de l'objet qui sert de gage à la dette, ce qui est contraire aux principes rigoureux sur la tradition. *De pignore, jure honorario,*

[1] *Voy.* aussi Lebrun, *Success.*, liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 32. *Infra*, n° 773.

[2] Lebrun, *loc. cit.*, nos 33, 55.

[3] *Jus gentium*, dit Gaius, *quasi quo jure omnes gentes utantur*, Inst., *comm.*, 1, n° 1.

nascitur ex pacto actio. L. 17, § 2, D. *de pact.* [1].

C'est pour cela que nous verrons plus bas (sur l'art. 2134), l'hypothèque dépendre de conditions plus ou moins différentes, depuis les Grecs jusqu'à nous. Tantôt c'est un écriteau placé sur l'héritage donné pour garantie; tantôt c'est la saisine, la main assise et la mise en possession; tantôt c'est la solennité de l'acte public. A Rome, il fallait une convention, excepté dans certains cas déterminés. En France, tout acte public produisait hypothèque sur tous les biens présents et à venir, quand même la convention d'hypothèque n'y était pas exprimée. Mais nul acte sous seing privé ne pouvait, par lui seul, produire hypothèque [2].

D'après le Code civil, l'hypothèque doit être toujours expressément stipulée, à moins qu'elle ne soit judiciaire ou légale. Elle ne peut résulter que d'un acte authentique (art. 2127). Elle doit être rendue publique par l'inscription.

392 *bis*. Puisque l'hypothèque est en elle-même du droit des gens, il s'ensuit qu'un étranger peut acquérir hypothèque sur les biens situés en France, en observant les formalités prescrites à cet effet par les lois françaises [3]. Peu importe que la forme de l'hypothèque soit réglée par les lois civiles. Car les rapports qui existent depuis longtemps de nation à nation, ont mis les solennités des actes publics à la portée des étrangers, et ont établi un échange commode et facile de ces formes nationales, que la république romaine réservait avec une hauteur jalouse pour les seuls citoyens. C'est même pour les peuples modernes un sujet d'orgueil et une marque de supériorité, d'obliger les étrangers à se servir des formes spéciales établies dans l'étendue de la souveraineté dans laquelle ils contractent. Les formes sont donc passées, à l'égard des étrangers, dans le domaine du droit des gens, et elles n'empêchent pas, par conséquent, que l'acte qui par lui-même est hors du droit civil continue à rester à cette place.

ARTICLE 2116.

Elle est *légale, judiciaire* ou *conventionnelle*.

ARTICLE 2117.

L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires. L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et contrats.

SOMMAIRE.

393. Renvoi.

COMMENTAIRE.

393. J'expliquerai toutes les difficultés qui se rattachent à ces trois genres d'hypothèques, et je ferai connaître leurs caractères, leur origine et leurs effets, lorsque je serai arrivé à chacune des sections qui leur sont relatives.

---

[1] *Pand.*, t. 1, p. 74, n° 28. Cujas, sur la loi 5, Dig. *de just. et jure*. Pothier, sur *Orléans*, tit. 20, n° 9.

L'hypothèque est, d'origine, de pur droit civil, et nullement de droit des gens. L'obligation d'un débiteur de remplir ses engagements sur tous ses biens, qui sont le gage commun des créanciers, est à la vérité assez ancienne et s'observe si généralement, qu'elle peut être rangée au nombre des obligations du droit des gens; mais ce n'est pas là l'hypothèque proprement dite, qui consiste dans un droit de préférence, seul point de vue sous lequel elle est envisagée dans le Code. Sous le droit romain même, l'hypothèque était un contrat de droit prétorien, comme on le voit dans l'*index obligationum*, à la suite des paratitles de Cujas. (*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Pothier, *Orléans*, tit. 20, n° 6.

[3] Merlin, v° *Hyp.*, *infra*, n°s 429 et 513 *ter*.

ARTICLE 2118.

Sont seuls susceptibles d'hypothèques :

1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles;

2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

SOMMAIRE.

394. Par le droit romain, on pouvait hypothéquer les meubles.
395. En France, antiquité de la maxime que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.
396. Exception à cette règle dans les parlements de Toulouse, Rouen et Rennes. Néanmoins on n'y pouvait suivre le meuble hypothéqué hors des mains du débiteur.
397. Ce que c'est que *la suite* par hypothèque. Différences avec le droit de saisir.
398. Le Code ne permet pas d'hypothéquer les meubles. Il a même détruit les hypothèques qu'il a trouvées existantes sur iceux dans certains pays.
399. Qu'entend le Code par les mots *droits immobiliers?* Des meubles devenus immeubles par destination. On peut les hypothéquer avec le *fonds*.
400. L'usufruit peut être hypothéqué. Que comprend cette hypothèque? Arrêt de Turin rejeté.
401. Une servitude ne peut être hypothéquée. Opinion des anciens docteurs à ce sujet.
402. Pourquoi elle ne peut être hypothéquée dans le droit nouveau.
403. Les droits d'usage ne peuvent être hypothéqués. Erreur de Grenier, qui a enseigné le contraire.
404. Des fruits pendants. Ils ne peuvent être hypothéqués sans l'immeuble. On ne peut hypothéquer une futaie sans le sol. *Quid* des fruits séparés du sol? *Quid* d'un taillis ou d'une futaie vendue pour être coupée? Les fruits sont immobilisés par la saisie immobilière de l'immeuble.
404 *bis*. Des mines, minières et carrières.
405. L'*emphytéose* et le droit *de superficie* peuvent être hypothéqués. Erreur de Grenier, qui soutient le contraire.
406. Les actions immobilières ne peuvent être hypothéquées. On ne doit pas suivre l'opinion contraire de Pigeau.
407. De l'hypothèque sur hypothèque. Du sous-ordre.
408. Les rentes ne peuvent plus être hypothéquées. *Quid* dans l'ancienne législation? *Quid* des rentes sur l'État?
409. Le droit de champart non plus.
410. Des actions et intérêts dans une société propriétaire d'immeubles.
411. Des actions de la banque de France.
412. On ne peut hypothéquer les choses hors du commerce. *Quid* d'une pêcherie ou saline formée sur le rivage de la mer?
413. Renvoi pour l'impossibilité d'hypothéquer le fonds dotal et autres choses de même nature.
413 *bis*. Peut-on hypothéquer un immeuble saisi après la dénonciation de la saisie?

COMMENTAIRE.

394. Par le droit romain les meubles pouvaient être hypothéqués : « Statu liber quo» que dari hypothecæ poterit, licet condi» tione existente evanescat pignus. » L. 13, D. *de pignorib. et hyp.* [1]. On y tenait pour règle générale que tout ce qui pouvait se vendre pouvait être aussi donné à hypothèque. « Quod emptionem venditionemque » recipit, etiam pignorationem recipere po» test. » L. 9, § 1, D. *de pignorib. et hypoth.*

395. En France, au contraire, c'était une vieille règle du droit coutumier, que *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*. On en donne trois raisons assez plausibles : « La » première, que les meubles, dit Loyseau, » n'ont pas une subsistance permanente et » stable comme les immeubles, et partant » ne sont si propres à recevoir en soi, par » la simple convention, et sans qu'ils soient » actuellement occupés, le caractère d'hy» pothèque, et à conserver ses effets : car » autrefois proprement et originairement » l'hypothèque n'avait lieu aux meubles, » mais seulement le gage appelé *pignus a* » *pugno*. »

La seconde raison, c'est que les immeubles peuvent être mis facilement dans les mains du créancier, comme un gage de sa créance, et que dès lors il n'est pas néces-

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 565, n° 11.

saire de recourir, à leur égard, à la fiction du droit, qui a fait établir l'hypothèque sans tradition.

La troisième raison est que si les meubles pouvaient être hypothéqués, « le commerce » serait grandement incommodé, dit Loy» seau, même aboli presque tout à fait parce » qu'on ne pourrait pas disposer d'une épin» gle, d'un grain de blé sans que l'acheteur » en pût être évincé par tous les créanciers » du vendeur [1]. » Cette dernière raison était d'autant plus forte sous l'ancienne jurisprudence, que tout acte public entraînait hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir.

396. C'est donc une chose fort ancienne en France, que les meubles ne peuvent être hypothéqués.

Néanmoins il y avait quelques provinces où les meubles pouvaient être affectés par l'hypothèque. C'est ce qui avait lieu en Bretagne et dans le ressort du parlement de Toulouse. De même par la coutume de Normandie (art. 593), les créanciers étaient colloqués sur les meubles suivant l'ordre de leur hypothèque. Cependant il y avait cette différence, entre les usages des pays dont il vient d'être parlé et le droit romain, que par le droit romain [2] les meubles pouvaient être suivis par l'hypothèque en quelques mains qu'ils passassent, au lieu que, par la coutume de Normandie et autres, le meuble qui n'était plus en saisine de l'obligé, était dégrevé. Seulement, lorsqu'il était saisi sur le débiteur, l'ordre des hypothèques y était conservé [3].

397. Ainsi, dans ces provinces de France, quoique tous les biens, meubles ou immeubles, fussent susceptibles d'être hypothéqués, néanmoins il n'y avait que les immeubles qui eussent *la suite par hypothèque*.

En effet, la suite par hypothèque est, dit Loyseau [4], quand un créancier suit son hypothèque, ou contre l'acquéreur, ou contre le créancier postérieur. Il ne faut pas la confondre avec l'exécution ou saisie, car la saisie peut être faite par un créancier non hypothécaire.

398. Par le Code civil, les biens immobiliers sont seuls susceptibles d'hypothèque. Il a même été décidé par un arrêt de la cour de cassation du 17 mars 1807, que la loi du 11 brumaire an 7 avait anéanti les hypothèques qui frappaient sur les meubles, dans les provinees où le droit le permettait, en même temps qu'elle avait défendu à l'avenir d'en prendre sur cette espèce de biens [5]. C'est aussi ce qu'a jugé la cour de Turin par arrêt du 25 janvier 1811. Ainsi ceux qui avaient une hypothèque sur les meubles de leur débiteur, l'ont perdue par la promulgation des lois nouvelles.

399. Mais l'expression de *biens immobiliers*, dont se sert notre article, a quelque chose de vague, qui peut donner lieu à des difficultés.

D'abord, en ce qui concerne les terres, maisons et autres choses qui sont *res soli*, nul doute que l'hypothèque ne puisse les affecter.

On ne doute pas non plus que tous les accessoires d'un fonds réputés immeubles ne puissent être hypothéqués avec le fonds, et saisis par la voie de l'expropriation forcée (art. 2204 du Code civil) [6].

Ainsi toutes les choses énumérées dans l'art. 524 du Code civil peuvent être données à hypothèque avec le fonds. Elles sont même censées hypothéquées tacitement, lorsque le fonds dont elles dépendent est grevé d'hypothèque. L'accessoire suit le principal.

Je dis que ces objets peuvent être hypothéqués avec le fonds; mais il est certain qu'ils ne peuvent l'être séparément [7]; car quelle fixité et quelle solidité pourrait avoir une hypothèque, que le débiteur pourrait faire disparaître à sa volonté? Il lui suffirait, en effet, de changer la destination de ces meubles, qui ne sont dans la classe des immeubles que par fiction. Il y a plus! c'est qu'en supposant qu'ils restent attachés au fonds par destination du propriétaire, le créancier ne pourrait les faire saisir qu'en les enlevant à cette destination, qu'en les séparant de la chose dont ils étaient l'accessoire, et, par conséquent, qu'en les faisant rentrer dans la classe des meubles. Ainsi il

---

[1] *Off.*, liv. 3, chap. 5, nos 23 et suiv.
[2] Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 5, no 21.
[3] Basnage, *Hyp.*, chap. 9.
[4] Loyseau, *loc. cit.*, no 29.
[5] Dalloz, vo *Hyp.*, t. 17, p. 141. Sirey, t. 7, 1re part., p. 158.

[6] Si les ustensiles et accessoires réputés immeubles au moment de l'inscription ont été remplacés depuis par d'autres pour cause de vétusté, l'hypothèque frappe sur ces nouveaux objets. (Rouen, 17 mai 1825.)
[7] *Répert.*, vo *Hyp.*, t. 18, p. 640; *infra*, no 777. Delvincourt, t. 8, p. 49. Dalloz, vo *Hyp.*, t. 17, p. 137, no 3.

détruirait lui-même son hypothèque, en la mettant en action [1].

La cour de Douai a décidé, par arrêt du 3 janvier 1815, que des objets mobiliers placés dans une usine et réputés immeubles, pouvaient être vendus à part de l'usine, et que le prix devait en être affecté aux créanciers hypothécaires. Cette décision me paraît insoutenable; car la vente, en séparant l'accessoire du principal, a détruit la fiction qui transformait le meuble en chose immobilière; elle a rendu le meuble à sa nature originaire; elle en a fait un objet distinct, subsistant par lui-même, gouverné par ses propres règles, et soumis, par conséquent, au principe général, qui s'oppose à ce que les meubles aient suite par hypothèque (2119). Le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Douai ne fut rejeté, par arrêt de la section civile du 4 février 1817 [2], que par un de ces tours de force que la cour suprême prodigue trop souvent, pour éluder l'application de principes qui doivent amener une cassation. Dans l'espèce, le propriétaire des objets mobiliers était décédé sans avoir changé la destination immobilière de ces objets. Cette destination n'avait été changée que par le curateur à la succession vacante, qui les avait fait vendre comme meubles. On n'attaquait ni la légalité de la vente, ni les pouvoirs du curateur pour y procéder. Mais la cour de cassation eut l'idée de dire que la destination *était devenue irrévocable par le décès du propriétaire,* et que la vente n'avait pu se faire qu'au profit des créanciers hypothécaires! comme si la séparation de l'accessoire et du principal ne détruisait pas de plein droit l'accession (n° 404) [3].

400. A l'égard de l'usufruit, qui est un droit immobilier, notre article dit positivement qu'il peut être hypothéqué. Ce qui est conforme à la loi 11, § 2, D. *de pignor. et hypoth.* « Ususfructum an possit pignori hypo» thecæve dari, quæsitum est... et scribit » Papinianus libro xi respons. tuendum cre» ditorem. »

Mais cette hypothèque s'exerce-t-elle sur les fruits perçus à titre d'usufruit, ou seulement sur le droit? La dame Lagnasco, séparée de biens d'avec son mari et ayant une hypothèque sur un usufruit que possédait ce dernier, réclama des fermiers le payement des canons annuels. Il y avait déjà sur les fruits des saisies-arrêts formées par d'autres créanciers. Ces derniers prétendirent que la dame Lagnasco devait venir par contribution avec eux. Mais la cour de Turin, par arrêt du 24 avril 1810, considérant que les fermages représentent l'usufruit même, accorda la préférence à la dame Lagnasco, comme ayant hypothèque antérieurement aux autres créanciers.

Cet arrêt ne peut faire autorité. Les fermages ne représentent pas plus l'usufruit,

[1] *Sic*, Persil, *Rég.*, art. 2118, n° 5, et *Quest.*, t. 1, p. 191. *Voy.* en sens contraire un arrêt de la cour de Paris du 29 février 1836. — Le créancier auquel une hypothèque a été conférée sur un immeuble et sur des objets mobiliers qui s'y trouvaient incorporés, ne peut perdre son hypothèque sur ces objets par la vente séparée qu'en aurait faite le propriétaire. Il conserve son hypothèque sur les meubles immobilisés tant qu'elle n'a pas été purgée, et alors même que depuis, sur une poursuite d'expropriation, il se serait rendu adjudicataire de l'immeuble vendu séparément des meubles qui y étaient attachés. (Code civil, art. 2133.)

[2] Dalloz, v° *Choses*, t. 4, p. 67. Voy. *infra*, n° 777, un arrêt qui paraît contraire.

[3] Cet arrêt n'est pas si contraire aux vrais principes, que veut bien le dire Troplong. Le système qu'il sanctionne est fort soutenable au contraire. Il résulterait de l'opinion émise par notre auteur, qu'un débiteur pourrait, par son fait, dénaturer et diminuer le gage conventionnel de son créancier, au détriment de ce dernier. Les ustensiles d'une usine, immobilisés par destination ont souvent plus de valeur que le fonds même et peuvent déterminer le créancier à l'acceptation de l'hypothèque. D'ailleurs, voyons un peu si, à la rigueur, il n'y a pas un autre droit de suite sur ces ustensiles détachés, au profit du créancier. Que fait le débiteur qui détache les ustensiles du fonds, après qu'ils sont engagés ou hypothéqués par lui? Il commet un vol au préjudice du créancier. *Dominus ipse furtum facit rei suæ, quoties eam aufert ab eo qui retinendi causam habet.* L. 59, ff. *de furtis. Item, si quis rem pignori dat et eam subripit vel vendidit.* L. 19, §§ 5 et 6 *eod.* Le créancier se prévaudra donc de l'art. 2279 pour suivre et revendiquer, et par l'exercice ultérieur de son droit il fera rétablir ces ustensiles dans l'usine, à leur destination première. Leur séparation physique momentanée et frauduleuse ne suffira pas pour leur avoir ravi, sans retour, leur qualité immobilière; et s'il n'y avait plus moyen, par le fait du débiteur, de les rétablir dans leur état primitif par annexion au fonds, ils pourront être tenus fictivement pour rétablis, dans l'intérêt et pour la conservation des droits du créancier, sans qu'aucune loi, aucun principe, aucune prétention équitable contraire puissent y être opposés. Car nul ne peut exciper du dol pour éluder un droit acquis. Cette règle de morale fait justice de toutes les arguties scolastiques de la nature de celle-ci : que la séparation de l'accessoire et du principal détruit le droit d'accession. Et c'est là-dessus qu'on légitimerait la plus révoltante spoliation!

A la vérité il doit résulter de ce qui précède quelques entraves dans la vente ou le commerce d'ustensiles d'usine; mais il n'y a pas plus d'inconvénient que pour le cas de choses volées. L'acquéreur n'a qu'à prendre ses précautions et lorsqu'il voudra acheter séparément des objets pareils déjà annexés à une usine, c'est à lui de s'assurer s'ils sont grevés. La publicité de l'inscription requise peut le lui apprendre. (*Note de l'éditeur belge.*)

que les fruits ne représentent l'immeuble. La saisie des fruits ne peut donner lieu qu'à une distribution de choses mobilières (articles 579 et 635 du Code de procédure civile). Ce qui, dans l'espèce, est grevé d'hypothèque, c'est le droit et non les fruits, le droit qui est un démembrement de la propriété, qui a par lui-même une valeur comme la propriété (art. 1568 du Code civil), et qui, comme elle, donne un droit aux fruits annuels. Celui qui a hypothèque sur un immeuble, ne peut certainement pas prétendre une préférence sur les fruits qu'il fait saisir, sans le fonds (*Infra*, nº 404). De même celui qui a hypothèque sur un usufruit, n'a pas de rang hypothécaire sur les fruits saisis, abstraction faite du fonds [1].

401. Mais une servitude peut-elle être hypothéquée?

Cette question est une des plus controversées de celles qu'agitaient les interprètes du droit romain.

Bartole [2], Cœpola [3], Neguzantius [4], disaient qu'il fallait distinguer entre les servitudes établies, qu'ils appelaient *formales*, et les servitudes non encore établies, qu'ils appelaient *causales*. Les servitudes *formelles*, disaient-ils, ne peuvent être hypothéquées, soit qu'elles soient urbaines, soit qu'elles soient rustiques. Mais dans les servitudes non encore établies, il faut distinguer celles qui sont rustiques de celles qui sont urbaines. Les premières peuvent être données comme sûreté, les secondes ne le peuvent pas.

Pour justifier la première proposition, savoir que les servitudes *formelles* ou déjà établies ne peuvent être hypothéquées, on disait que les servitudes sont des accessoires du fonds dominant, que c'est à lui seul qu'elles peuvent appartenir, qu'elles ne peuvent être ni vendues ni aliénées; car, une fois détachées du fonds dominant, elles sont sans utilité. Elles n'ont de valeur qu'autant qu'on achèterait en même temps le fonds dont elles procurent la commodité.

Mais lorsque la servitude n'existe pas encore, le débiteur peut sans difficulté accorder à son créancier, pourvu qu'il soit son voisin, un droit de passage, par exemple, jusqu'à ce qu'il le paye, et lui permettre même de vendre ce droit de passage à un autre voisin, à qui il pourrait être utile.

Mais cela ne peut se faire que pour les servitudes rustiques, comme droit de passage, de conduire des bestiaux, etc.; car il arrive quelquefois qu'elles peuvent faire l'avantage de plusieurs voisins.

Quant aux servitudes urbaines, il n'en est pas de même; il est impossible de concevoir qu'elles puissent avoir d'utilité pour d'autres que pour le propriétaire de l'édifice dominant. Un droit de gouttière, par exemple, n'est exclusivement profitable qu'au sol pour lequel il est établi [5].

On appuyait ce système des lois 11, § fin., et 121 D. *de pignorib. et hypothec.* C'était aussi celui de Cujas, de Vinnius [6] et de Pothier [7].

D'autres jurisconsultes, tels que François Ripa, ne faisaient aucune différence entre les servitudes *formales* ou *causales*, ni entre les servitudes rustiques et urbaines; ils tenaient indistinctement qu'on ne pouvait les hypothéquer, mais qu'on pouvait seulement hypothéquer la commodité de leur usage.

Dumoulin a traité cette question (nº 322); il part d'un principe que tout ce qui peut être vendu peut être hypothéqué [8] : et il tire la conséquence que toute servitude rustique ou urbaine, soit qu'elle soit établie ou à établir, pouvant être vendue ou remise au propriétaire du fonds servant, peut aussi lui être hypothéquée.

Mais un débiteur, qui emprunte de l'argent, ne peut donner à un tiers, son créancier, la servitude *tigni*, *vel stillicidii*, *vel fluminis*, *seu rivi immittendi*, qu'il exerce sur la maison d'autrui. Car ces servitudes sont inséparables du fonds, puisqu'elles n'ont

---

[1] L'hypothèque d'un usufruit ne peut s'exercer que sur le droit d'usufruit lui-même, et non pas sur les fruits. (Code civil; art. 579, 635, 2118.) Persil, *Rég. hyp.*, art. 2118, nº 13, et *Quest.*, t. 1, p. 183. — Peut-on consentir hypothèque sur l'usufruit d'un immeuble dont on a la propriété? *Rés. nég.* (Code civil, art. 578 et 2118.) Courtois, 12 avril 1836. Cass., Paris. Sirey, t. 36, 1re part., p. 366. Dalloz, t. 37, 1re part., p. 181. *Sic*, Zachariæ, t. 2, § 258, note 2. *Contra*, Battur, *Hyp.*, t. 2, nos 245 et 246.

[2] Sur la loi *sed an viæ*, 12, *de pignorib.* Dig.

[3] *De servit. urban. præd.*, cap. 12, col. ult.

[4] *De pignorib.* 3, memb. 2, part., nº 15.

[5] *Quis enim, exempli gratia, emeret servitutem tigni vel stillicidii debitam ædibus Titii? Nec enim usui aliarum ædium esse possunt quam Titii.* (Cujas, lib. 68, *Pauli ad edict.*, l. 12, Dig. *de pignorib. et hypoth.*).

[6] *Quæst. selectæ.*

[7] *Pand.*, t. 1, p. 565 et 566, aux notes.

[8] *Extric. labyrinth. divid. et ind.*, part., 3, nos 510 et suiv.

d'existence et d'utilité que pour lui. Elles ne peuvent être vendues sans le fonds dominant, elles ne peuvent donc être hypothéquées sans lui, et on doit dire la même chose, continue Dumoulin (n° 331), des servitudes rustiques, dont l'utilité ne peut être cédée : *Hoc pariter locum habet in servitutibus rusticis ejusdem rationis, videlicet quarum nec commoditas quidem potest aliis cedi.*

Mais il est des servitudes rustiques dont l'utilité peut être cédée, par exemple, un droit de passage ou d'aqueduc; plusieurs voisins peuvent en tirer avantage : dans ce cas, que devra-t-on décider? Pierre, qui a un droit de passage sur le fonds de Jacques, pourra-t-il l'hypothéquer à Paul, qui a un fonds voisin et à qui ce droit de passage peut être utile?

Il est certain, dit Dumoulin, qu'il ne le pourra pas malgré Jacques; car Jacques ne doit la servitude qu'au fonds dominant et pas à d'autre [1].

A la vérité, si Jacques y consent, Pierre pourra céder son droit de passage à Paul. Mais on ne pourra pas dire encore qu'il puisse le lui hypothéquer. En effet, ou la convention porte que Pierre s'abstiendra de passer, et que Paul passera seul, et alors il y a création d'une nouvelle servitude; c'est Jacques qui la constitue : ce n'est pas un droit d'hypothèque concédé par Pierre.

Ou bien la faculté de passer est accordée à Paul, comme simple faculté personnelle, et c'est un droit nouveau qui n'a rien de commun avec le droit de servitude de Pierre. Ce n'est donc pas un droit d'hypothèque, puisqu'il s'agit d'un droit, lequel « *capit jus* » *a Titio, a cujus solius consensu ea facultas* » *pendet* [2]. »

En ce qui concerne les servitudes non encore établies, Dumoulin interprète ainsi qu'il suit la loi 12, D. *de pignorib. et hypoth.* « Je vous ai prêté 100 fr., et parce que je » désirais avoir un passage par votre cour » pour aller de mon habitation à mon jar- » din, j'ai exigé de vous ce droit de passage, » jusqu'à la restitution de la somme prêtée, » et il a été convenu que si vous ne me » payiez pas à l'époque indiquée, vous me » vendriez ce droit de passage, ou que je le » pourrais faire vendre aux enchères aux » individus ayant des fonds voisins. »

Ainsi, la stipulation de cette hypothèque est valable, et elle peut avoir lieu non-seulement pour les servitudes rustiques, mais encore pour les servitudes urbaines, suivant que les fonds supérieurs sont rustiques ou urbains [3]. Car la servitude prend la dénomination du fonds dominant.

402. J'en ai dit assez pour montrer sous quel point de vue cette question était envisagée par les anciens auteurs. Il est facile de voir que leurs distinctions sont sans application au droit actuel, et que l'on doit décider indistinctement que les servitudes ne sont pas susceptibles d'hypothèque, lorsqu'elles sont prises séparément du fonds dominant.

En effet, le but de l'hypothèque, d'après notre système actuel, est que la chose hypothéquée puisse être mise en vente, conformément au titre de l'expropriation forcée. Or, une servitude n'est pas susceptible de saisie immobilière, elle ne peut être vendue par adjudication. Une vente par adjudication suppose que tout le monde puisse enchérir, et c'est ce qui ne saurait avoir lieu dans la vente d'une servitude; car, ne pouvant avoir d'utilité que pour des fonds voisins, il n'y aurait tout au plus que quelques personnes peu nombreuses, qui pourraient s'en rendre adjudicataires, de plus, elle ne pourrait être vendue qu'avec la permission du propriétaire du fonds servant; car la servitude n'est due qu'au fonds dominant seul. Si elle devenait l'apanage d'un autre fonds, ce ne serait plus la même servitude, ce serait un nouveau droit (*supra*, n°s 108 et 118) [4].

403. J'ai dit ci-dessus (n° 108) que les droits d'usage, tels que pâturage, glandée, affouage dans les forêts, ne sont pas de nature à être grevés d'un privilége sur les immeubles. Ils ne sont pas non plus susceptibles d'hypothèque, quoiqu'ils soient droits immobiliers, et qu'ils aient par eux-mêmes une valeur indépendante; car ils manquent

---

[1] L. *ex meo*, Dig. *de servit. rust. præd.*

[2] Dumoulin, n°s 336 et 337.

[3] Dumoulin, n°s 334 et 333.

[4] Le but de l'hypothèque n'est pas que la chose hypothéquée puisse être mise en vente, conformément au titre de l'expropriation forcée. Ce but n'est autre que d'obtenir un payement par préférence sur le prix de la chose, quand elle se réalise d'une manière quelconque. Ce sont là de ces axiomes arbitraires tout gratuits, que rien ne justifie et qui, dans l'application, servent de précédents à des conséquences fausses.

(*Note de l'éditeur belge.*)

de ce qui fait le nerf de l'hypothèque, puisqu'ils sont inaliénables et incessibles [1]. « Inutile omnino, dit Cujas, est pignus quod » emptionem vel venditionem non recipit. » Quo enim mihi pignus, si id distrahere » non possum [2]? » On est étonné qu'une vérité si palpable ait échappé à Grenier, qui pense que les droits d'usage peuvent être hypothéqués. Proudhon ne s'y est pas trompé [3].

On doit dire la même chose du droit d'habitation [4].

404. Les fruits pendants par racines sont immeubles (art. 520 du Code civil). Ils sont donc frappés de l'hypothèque tant qu'ils sont attachés au sol hypothéqué; c'est ce que portait expressément l'art. 3 de la loi du 9 messidor an 3. Mais aussitôt qu'ils sont récoltés, ils deviennent meubles et échappent à l'hypothèque.

Quoique les fruits pendants par racine soient immeubles, il ne faut pas croire qu'ils puissent être hypothéqués sans le sol qui les porte. Car la qualification d'immeubles donnée aux fruits pendants par racines, doit être restreinte aux cas de succession, et autres semblables [5]. C'est ainsi que les fruits pendants sont saisis et vendus *comme objets mobiliers* par la voie de *saisie-brandon*, et le prix s'en répartit par la *voie de contribution* (art. 635 du Code de procéd. civile). C'est ainsi encore qu'il a été jugé que la vente d'une récolte pendante par racines et faite avec abstraction de tout droit au sol, est une vente de choses mobilières qui, sous la loi du 11 brumaire an 7, n'avait pas besoin d'être transcrite pour être opposée à des tiers [6]. Car les fruits d'un fonds ne sont censés en faire partie que lorsqu'ils sont compris dans le transport de la propriété, ou dans la saisie du corps immobilier dont ils font partie.

Merlin pense même que les futaies, quoique immeubles à beaucoup d'égards, ne peuvent être hypothéquées sans le sol [7]. Il en donne pour raison, qu'elles ne peuvent être vendues que pour être coupées et séparées du sol, ce qui les rend meubles, et doit les faire assimiler à des fruits (tardifs à la vérité). En effet, si on pouvait hypothéquer une futaie sans le sol, il en résulterait, ou que jamais le propriétaire ne pourrait la faire couper, ce qui ne peut être; ou qu'en la faisant couper, lorsque ses besoins l'exigeraient, il rendrait l'hypothèque inutile, et cela, sans que le créancier puisse s'en plaindre, car une futaie est faite pour être abattue; il doit s'imputer de s'être contenté d'un gage si fragile.

Au surplus, il ne faut pas confondre l'hypothèque donnée sur une futaie, avec une hypothèque donnée sur un droit de superficie. Ce dernier droit a par lui-même une valeur immobilière, indépendante du sol. Il rapporte périodiquement des fruits utiles, et il survit à la récolte qui s'en fait.

Lorsque les fruits sont séparés du sol, ils sont meubles.

La jurisprudence a même décidé que les arbres, bois taillis, vendus à charge d'être coupés, sont meubles. La vente les mobilise par destination [8].

Persil [9] pense que les futaies non aménagées, ne faisant pas partie des fruits, ne peuvent être vendues ni coupées au préjudice de celui qui a hypothèque sur le sol; mais cette opinion me paraît souffrir difficulté. Sans doute, la futaie non aménagée est considérée comme un capital en réserve, que le propriétaire est censé mettre de côté pour ses besoins imprévus, et l'usufruitier ne doit pas plus y toucher qu'aux capitaux et aux immeubles; mais il n'en est pas moins vrai qu'il vient un temps où ces arbres doivent être coupés, et lorsque le propriétaire les vend, il les mobilise. Les créanciers hypothécaires ne peuvent pas plus s'en plaindre qu'ils ne le peuvent de la vente des fruits de la récolte [10].

Lorsqu'un immeuble hypothéqué est saisi à la requête des créanciers, la saisie immobilise les fruits, et ces créanciers y ont

[1] L. 11, Dig. *de usuf.*, art. 631 du Code civil.

[2] Sur le liv. 68, *Pauli ad edict.*, loi 12, *de pign. et hypoth.* — *Voy.*, dans le sens de Troplong, Duranton, t. 3, n° 23; Zachariæ, t. 2, § 258, note 8. Et dans le sens contraire, Grenier, t. 1, n° 140; Battur, t. 2, n° 232.

[3] *Usuf.*, n° 2751.

[4] Proudhon, n° 2797.

[5] Lettre du grand-juge du 11 prairial an 13. Sirey, 5, 2e part., p. 240.

[6] Cass., 10 vendém. an 14. *Répert.*, v° *Fruits*.

[7] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 766.

[8] Cass., 26 janv. 1808. Dalloz, v° *Choses*, t. 4, p. 56. Autre arrêt de la même cour du 9 août 1825. Voy. *infra*, n° 777, les conséquences de ceci.

[9] *Rég. hyp.*, sur l'art. 2118.

[10] Je reviens sur cette difficulté, *infra*, n° 834.

droit dans l'ordre de leurs hypothèques [1].

Ce principe était écrit dans l'ancienne jurisprudence. Pothier [2] disait que l'ordre est le rang dans lequel le saisissant et chacun des opposants doivent être payés sur le prix de l'adjudication, et *sur les revenus perçus depuis la saisie réelle* par le commissaire.

Le Code de procédure dit en termes exprès [3] : « Les fruits échus, depuis la dé» nonciation au saisi, seront immobilisés, » pour être distribués avec le prix de l'im» meuble par ordre d'hypothèques. » On voit que c'est le même principe.

Il est encore répété dans l'art. 691. Dans le cas prévu par ce dernier article, le législateur a craint que le saisi ne fît disparaître les fruits ou loyers à son profit, au moyen de baux de complaisance, qui contiendraient quittance anticipée de fermages pour toute la durée du bail [4].

Il veut, par conséquent, que le bail ait date certaine avant le commandement, c'est-à-dire, avant que le débiteur ne soit averti qu'on va procéder contre lui par la voie de l'expropriation. Si le bail n'a pas date certaine, les créanciers dont il lèse les droits et l'adjudicataire peuvent en demander la nullité. Si le bail a date certaine, les fruits sont immobilisés depuis la dénonciation faite au saisi, et les créanciers y ont droit par rang d'hypothèque.

404 *bis*. Les mines *concédées* sont immeubles ainsi que leurs accessoires. La loi les considère comme des propriétés spéciales, indépendantes du sol qui les couvre et susceptibles d'hypothèque par elles-mêmes. Mais d'après l'art. 7 de la loi du 21 avril 1810, les matières extraites sont meubles [5].

Il n'y a pas, dans la loi précitée, de dispositions qui fassent des *minières* et des *carrières* des propriétés *sui generis*, et indépendantes de droit de la surface. Néanmoins, rien n'empêche que le *dessous* ne soit séparé du *dessus* par convention. Le droit de propriété se trouve alors scindé en deux droits secondaires, mais néanmoins immobiliers. Car le droit sur le *dessous* n'est pas moins immobilier que les droits qui, tels qu'emphytéose, superficie, usufruit, etc., affectent le *dessus*. Si donc un individu possède un droit à une *carrière*, à une *minière*, quoique le droit à la surface soit possédé par un autre, il aura un droit immobilier, susceptible d'hypothèque. Ce droit n'est pas borné à telle ou telle exploitation, ce qui le rendrait mobilier, il est indéfini; il survit aux exploitations successives. Il a une stabilité qui le rend évidemment susceptible d'hypothèque [6].

La cour de cassation a cependant décidé que la vente *du droit d'exploiter* pour un temps indéfini une carrière, est une *vente mobilière*. Pour arriver à ce résultat, elle a comparé cette vente à une vente de pierres *à charge d'être extraites* et mobilisées par destination [7]. C'est, à mon avis, confondre l'effet avec la cause. C'est comme si on assimilait la vente d'un usufruit, à la vente des fruits destinés à être coupés! Eh quoi! un droit d'usage est immobilier, et un droit à une carrière ne le serait pas!

405. Grenier pense qu'un immeuble possédé à titre d'*emphytéose* ne peut être hypothéqué. Il se fonde sur ce que l'art. 6 de la loi de brumaire an 7, indiquait la jouissance par bail emphytéotique, comme susceptible d'hypothèque, et que le Code civil a gardé le silence à cet égard [8].

Mais cette opinion ne doit pas être suivie. Le Code civil soumet à l'hypothèque les biens immobiliers qui sont dans le commerce. Cette disposition est générale et embrasse tout. Or l'emphytéose est un droit immobilier qui a une assiette fixe, comme l'usufruit, et qui, bien différent du simple bail, comprend une aliénation temporaire du domaine utile. Il n'y a donc pas de raison pour décider qu'il n'est pas susceptible d'hypothèque.

A la vérité, Jollivet disait au conseil d'État dans la discussion de l'art. 2118 : « L'em» phytéose n'a jamais été susceptible d'hy» pothèque [9]. »

---

[1] Nîmes, 28 janv. 1810. Cass., 5 nov. 1813. Cass., 5 juillet 1827. (Merlin, v° *Tiers détenteur*, au *Répert.*). *Infra*, n°s 698 et 776 à 778 *bis*.

[2] Sur *Orléans*, titre 21, n°s 123, 124.

[3] Art. 689. Grenier, n° 146.

[4] Grenier, n° 142.

[5] Loi du 21 avril 1810, art. 8 et 21. Dalloz, v° *Mines*, t. 20, p. 210.

[6] Une mine est susceptible d'hypothèque, considérée séparément et indépendamment de la surface du terrain. (Loi du 21 avril 1810, art. 19.)

[7] Cass., rejet, 19 mars 1816.

[8] Grenier, t. 1, n° 145.

[9] Fenet, t. 7, p. 165.

Mais que penser de cette assertion en présence de l'art. 6 de la loi du 11 brumaire a 7, qui mentionnait expressément le bail mphytéotique parmi les droits susceptibles 'hypothèque?

L'emphytéose est soumise aux contributions publiques [1]. Et cet impôt profite our la jouissance des droits électoraux [2]. 'emphytéote peut exercer l'action possesoire [3]. Il est saisi d'un démembrement ès-important du domaine. Il peut donc ypothéquer son droit. C'est ce qui a été gé par la cour de Paris le 10 mai 1831 [4] t confirmé par arrêt de la cour de cassation u 19 juillet 1832. La question a depuis été écidée dans le même sens par arrêt de la our de Douai du 15 décembre 1832. Cette urisprudence, j'en ai la conviction, deviendra de jour en jour plus constante [5].

On doit dire la même chose du droit de uperficie [6].

406. Les actions qui tendent à la revendication d'un immeuble sont des droits immobiliers. « Actio tendens ad mobile est mobilis, ad immobile est immobilis. » Mais elles ne peuvent servir d'assiette à une hypothèque.

La raison s'en fait sentir d'elle-même.

Une action est un droit incorporel sans base solide. Ce n'est pas, dit Tarrible [7], ce qu'on peut appeler un *bien immobilier*. Le résultat n'en est jamais certain, et souvent l'action peut ne produire que des sommes pécuniaires, comme, par exemple, l'action en rescision pour lésion, lorsque l'acquéreur se détermine à payer le juste prix [8].

D'ailleurs, l'hypothèque accordée à un créancier sur les actions de son débiteur n'ajouterait rien aux droits qu'il a déjà. Car il peut exercer toutes les actions de son débiteur comme s'il en était propriétaire. C'est donc beaucoup plus que si ces actions lui étaient seulement hypothéquées [9]. Néanmoins Pigeau [10] a soutenu qu'une action immobilière peut être hypothéquée et faire l'objet d'une expropriation forcée. Mais cette opinion ne doit pas être suivie.

Ainsi une action en réméré, une action en revendication, une action en rescision, toutes autres actions quelconques qui tendent *ad immobile*, ne peuvent être le siége d'une hypothèque, et l'on ne doit pas les comprendre dans l'hypothèque générale qui embrasse les biens présents et à venir.

406 *bis*. Mais du moins ne pourrait-on pas hypothéquer éventuellement l'immeuble sur lequel on a le droit d'exercer une action immobilière?

Cette question se rattache à l'interprétation de l'art. 2125 du Code civil; nous nous en occuperons lorsque nous y serons parvenus (nº 469).

407. D'après la loi 1, au C. *si pignus*

---

[1] Avis du conseil d'État du 2 février 1809.

[2] Favard, *Législ. élect.*, p. 39.

[3] Cass., 26 juin 1822. Dalloz, vº *Act. possess.*

[4] De Vatimesnil, jadis l'une des lumières de la cour de cassation, avait fait, dans cette cause, un mémoire qui mettait cette vérité dans tout son jour. — *Sic*, Merlin, *Quest. de dr.*, vº *Emphytéose*, sect. 5, nº 8; Persil, *Rég. hyp.*, sur l'art. 2118, nº 5; Favard, *Répert.*, vº *Hyp.*, nº 2; Proudhon, *Usufruit*, t. 1, nº 97, et *Domaine privé*, t. 2, nº 710; Duranton, t. 4, nº 80, et t. 19, nº 268; Battur, *Hyp.*, t. 2, nº 246; Duvergier, *Louage*, t. 1, nº 159; Championnière et Rigaud, *Droits d'enreg.*, t. 4, nº 3071.

Opinion contraire : Toullier, t. 3, p. 65; Proudhon, t. 1, nº 99; Delvincourt, t. 7, p. 209, note 1; Grenier, *Hyp.*, t. 1, nº 143; Zachariæ, *Droit civ.*, t. 1, § 198, nº 10. *Voy.* mon *Comm. du louage*, art. 1709 et 1711.

[5] L'hypothèque consentie par l'emphytéote en faveur du bailleur, tant sur les bâtiments par lui construits que sur le droit de bail, n'est pas valable. (Brux., 5 juillet 1826. Grenier, *Hyp.*, nº 143.)

[6] L. 15, Dig. *qui potior. Supra*, nº 404.

En Belgique la législation a tranché la question d'une manière formelle.

« L'emphytéote a la faculté d'aliéner son droit, de l'hy- » pothéquer et de grever le fonds emphytéotique de ser- » vitudes, pour la durée de sa jouissance. » (Loi du 10 janv. 1824, art. 6.)

« Celui qui a le droit de superficie peut l'aliéner et » l'hypothéquer. » (Loi du 10 janvier 1824, art. 2.)

[7] *Hyp.*, sect. 2, § 3, sect. 3; nº 5; et *Expropriation forcée.*

[8] Il est vrai de dire, cependant, que c'est plutôt l'usage constant et ancien, que la loi positive, qui peut faire tenir les actions immobilières, comme non susceptibles d'hypothèque; aucun texte formel ne s'y oppose. Cet usage est fondé, croyons-nous, sur la raison et sur la nature des choses, par l'impossibilité d'attacher, d'une manière ostensible et patente, un droit de suite sur une chose incorporelle qui ne s'annonce par aucun signe matériel extérieur. L'usufruit du moins est perceptible, par le fonds sur lequel il est assis, aussi bien que l'emphytéose et le droit de superficie. (*Note de l'éditeur belge.*)

[9] Tarrible, *loc. cit.*, Grenier, nº 152. Berriat, *Procéd. civ.*, 3e édit., t. 2, p. 506, nº 2. *Infra*, nº 435, un exemple.

C'est beaucoup moins; car le droit de préférence, qui est le but de l'hypothèque, lui manquera. Il sera obligé de concourir avec les autres créanciers du débiteur sur le produit de l'action, à moins qu'ayant une hypothèque générale, le résultat final de l'action ne fût l'obtention d'un immeuble *in natura*; or, ce résultat final n'est pas toujours certain. *Voy.* note sur le nº 108, *supra*.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[10] Pigeau, liv. 2, part. 5, tit. 4, chap. 1er, sect. 3, nº 9.

pignor., on pouvait établir hypothèque sur hypothèque; *etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse jamdudum placuit* [1]. De là la maxime *pignus pignori dari potest.*

On expliquait ainsi l'existence de ce droit, qui au premier coup d'œil paraît extraordinaire. On disait que chacun pouvait transférer à autrui le droit qu'il a lui-même; il n'y avait rien d'impossible à ce que le créancier hypothéquât l'hypothèque à lui appartenant, pourvu que cette seconde hypothèque n'eût d'existence que pendant l'existence de la première, et que l'arrière-créancier n'eût pas plus de droit que le premier [2].

Le second créancier pouvait exercer toutes les actions utiles du premier créancier; ainsi il pouvait exproprier ou actionner le débiteur par l'action hypothécaire utile, et si ce dernier le payait pour éviter une condamnation, l'hypothèque était purgée tant à l'égard du premier qu'à l'égard du second créancier.

L'arrière-créancier, à qui une hypothèque avait été donnée sur une hypothèque, devait dénoncer son droit au débiteur, et après cette dénonciation c'était à lui et non au premier créancier que le payement devait être fait. Si, malgré la dénonciation, le débiteur payait au premier créancier, il s'exposait à un recours de la part du second créancier [3].

En France, on suivait aussi la maxime *pignus pignori dari potest*, et toutes les hypothèques d'un débiteur pouvaient se trouver hypothéquées à ses créanciers, par l'effet d'un acte authentique. Car on sait qu'anciennement tout acte authentique produisait hypothèque générale sur les biens présents et à venir du débiteur.

Il résultait de ce principe, que les créanciers du saisissant pouvaient faire opposition en sous-ordre avant la délivrance du décret, et qu'au moyen de cette opposition ils recevaient, en place de leur débiteur saisissant, la somme pour laquelle il aurait été colloqué, chacun selon le rang d'hypothèque qu'ils avaient sur son hypothèque; c'est qu'on appelait le *sous-ordre* [4].

Par le Code civil, les principes sont di férents. On ne peut pas plus hypothéqu une hypothèque qu'on ne peut hypothéqu une action immobilière, et l'on tient po constant qu'*hypothèque sur hypothèque* lieu.

Il suit de là que les créanciers qui vie nent en sous-ordre, pour prendre le mo tant de la collocation de leur débiteur, peuvent prétendre aucune préférence p hypothèque les uns sur les autres. Car l'h pothèque de leur débiteur ne leur est p hypothéquée. La distribution doit s'en fa entre eux comme d'une chose mobiliè c'est-à-dire, sans aucun égard à leurs hy thèques. Telle est la disposition de l'art. 7 du Code de procédure civile [5].

408. Les rentes sont meubles, d'ap l'art. 529, § 2, du Code civil, soit qu'ell soient perpétuelles ou viagères, foncièr ou en argent, ou en denrées, soit qu'ell existent sur l'État [6] ou sur les particulie elles sont rachetables (art. 530 du Code vil), elles ne sont pas susceptibles d'hyp thèque. C'est aussi ce que décidait l'art. 7 la loi du 11 brumaire an 7, ainsi conç « Les rentes constituées, les rentes fo » cières et les autres prestations que la » a déclarées rachetables, ne pourront plu » *à l'avenir*, être frappées d'hypothèque. Dans l'ancienne jurisprudence, au co traire, les rentes foncières étaient censées immeubles, et de même nature que l'héritage sur lequel elles étaient à prendre [7]. On pouvait, par conséquent, les hypothéquer [8].

A l'égard des rentes constituées à prix d'argent, on n'était pas d'accord sur la question de savoir si elles devaient être rangées dans la classe des meubles ou des immeubles.

D'après quelques coutumes, elles étaient meubles, par la raison qu'on les envisageait comme n'étant autre chose que la créance d'autant de sommes d'argent qu'il y avait

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 566, n° 5.
[2] Corvinus, enarrat. sur le Code *si pignus pignori.*
[3] Perezius, Code, *si pignus pignori*, tit. 24, liv. 8, n° 4. Favre, *Code*, liv. 8, tit. 14, déf. 2.
[4] Pothier, *Orléans*, tit. 21, n°s 141 et 142.
[5] Grenier, n° 157.
[6] Les rentes sur l'État peuvent être immobilisées pour la formation d'un majorat. (Décret du 1er mars 1808.) Elles sont immobilisées par la déclaration que fera le propriétaire dans la même forme que pour les transferts de rentes.
[7] Pothier, *Orléans*, introd. génér., n° 49.
[8] Basnage, *Hyp.*, chap. 10. *Voy.* le *Traité des rentes foncières* de Fœlix et Henrion, p. 6 et 159.

années à courir depuis la création de la rente jusqu'à son rachat [1].

Par d'autres coutumes, qui faisaient le droit commun, les rentes constituées à prix d'argent étaient immeubles [2], parce qu'on les considérait, non pas simplement comme la créance des arrérages à courir jusqu'au rachat, mais comme un être moral et intellectuel distingué par l'entendement, de ces arrérages, qui étaient plutôt les fruits qu'ils n'étaient la rente même, puisque le créancier les perçoit sans entamer ni diminuer l'intégrité de la rente. Or, cet être moral avait paru, par le revenu annuel et perpétuel qu'il produisait, ressembler aux biens immeubles, et devoir être mis dans la classe de ces biens.

Dans cet ordre d'idées; il est certain que les rentes constituées étaient susceptibles d'hypothèques, de même que les rentes foncières [3].

Mais, par la loi de brumaire an 7 (art. 7), il fut décidé que toutes les rentes foncières ou constituées, créées *à l'avenir*, seraient mobilières. Ainsi, elles perdirent l'aptitude à être hypothéquées. Mais la loi nouvelle ne voulut rien toucher aux rentes établies avant sa promulgation, et elle leur conserva le caractère d'immeubles et l'affectation hypothécaire qu'elles avaient auparavant, et que la loi du 29 décembre 1790 avait reconnus aux rentes foncières, tout en les déclarant rachetables. Tel est aussi le vœu de la législation actuelle [4].

Les rentes viagères étaient également considérées comme immeubles dans l'ancienne législation [5], sauf néanmoins quelques exceptions, qui n'empêchaient pas que ce ne fût le droit commun. Les raisons qu'en donne Pothier sont absolument les mêmes que celles qui faisaient décider que les rentes constituées étaient immeubles.

409. Le droit de champart [6] était immeuble dans l'ancienne législation, de même que l'usufruit. On peut en conclure qu'il était aussi susceptible d'être hypothéqué; mais il faut dire que, depuis les lois nouvelles [7], le droit de champart est mobilier, aussi bien que toutes les prestations quelconques constituées par suite de la tradition d'un fonds [8].

410. L'art. 529 du Code civil déclare meubles, par la détermination de la loi, les actions ou intérêts qu'on peut avoir dans les compagnies de finances, ou de commerce, ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent à ces compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Une société se forme pour le desséchement de marais considérables qu'elle achète. Les intérêts de chaque sociétaire dans cette compagnie sont purement mobiliers. Il est vrai que la société est propriétaire d'immeubles, mais aucune des personnes qui la composent n'en a divisément la propriété. Les immeubles ne sont que les accessoires de la société, et en quelque sorte les instruments de l'entreprise.

Ainsi, tant que dure la société, aucun des sociétaires ne peut hypothéquer son intérêt dans la compagnie.

Mais aussitôt qu'elle est dissoute, et que les droits de chacun sont fixés par le partage, nul doute que chacun des associés ne puisse hypothéquer la portion qui lui est échue sur les immeubles.

On peut, au surplus, consulter sur cette matière, un arrêt de la cour de Toulouse, du 31 juillet 1820, motivé d'une manière remarquable [9], et un arrêt de la cour de cassation, du 14 avril 1824. On doit rejeter un arrêt de la cour de Paris du 17 février 1809, qui attribue un caractère immobilier aux actions dont il s'agit.

411. Les actions de la banque de France sont l'objet de dispositions particulières contenues dans l'art. 7 du décret du 16 janvier 1808.

« Les actionnaires qui veulent donner à » leurs actions la qualité d'immeubles, en

[1] Pothier, *Orléans*, introd. génér., n° 54.
[2] Idem, *loc. cit.*
[3] Pothier, *loc. cit.*, tit. 20, n° 21.
[4] Art. 655 du Code de procédure civile.
Il faut cependant se donner de garde de croire qu'on pourrait encore hypothéquer *à priori*, aujourd'hui, des rentes constituées anciennes qui avaient la nature d'immeubles. Ces rentes ne sont restées immeubles depuis les lois citées, que dans leurs rapports avec les droits qui y étaient acquis antérieurement. Toutes les fois qu'il s'agit aujourd'hui de stipulations nouvelles au sujet de ces mêmes rentes, elles ne peuvent être traitées que comme choses mobilières. (*Note de l'éditeur belge.*)
[5] Pothier, *Orléans*, introd. aux cout., n° 55.
[6] Pothier, *loc. cit.*, n° 49. Dumoulin, sur Paris, part. 2, t. 2, n°s 2 et 3.
[7] Loi de brumaire an 7, art. 7 et 42. Art. 530, Code civil.
[8] Grenier, n° 162.
[9] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 166. Grenier, n° 163.

» ont la faculté ; et, dans ce cas, ils en font
» la déclaration dans la forme prescrite pour
» les transferts. Cette déclaration une fois
» inscrite sur les registres, les actions im-
» mobilières resteront soumises au Code
» civil et aux lois de priviléges et d'hypo-
» thèques, comme les propriétés foncières;
» elles ne pourront être aliénées, et les
» priviléges et les hypothèques être purgés
» qu'en se conformant au Code et même
» aux lois relatives aux priviléges et hypo-
» thèques sur les propriétés foncières [1]. »

412. Les choses immobilières qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent être hypothéquées.

Telles sont les choses consacrées à Dieu, par exemple, les églises, les cimetières, etc.

Tels sont encore les fleuves et rivières, les ports, les rues, quais, places, fontaines, chemins publics, le rivage de la mer, etc. [2].

Mais les établissements qui sont formés sur les rivages de la mer par concession du gouvernement, tels que pêcheries, salines, etc., peuvent entrer dans le commerce.

Ainsi la cour de Caen a jugé par un arrêt du 3 août 1824, qu'une pêcherie établie, par tolérance du roi, sur le rivage de la mer, constitue, au profit de celui qui l'a formée, ou de ses héritiers, un droit immobilier dont il a la jouissance exclusive; et qui, bien que résoluble au gré du gouvernement, est susceptible d'être grevé de l'hypothèque légale de la femme du concessionnaire.

413. Il est des choses qui ne peuvent être hypothéquées, par suite d'une impossibilité relative. Tels sont les biens communaux, les biens dotaux, etc. Un particulier ne peut non plus hypothéquer, au delà de sa part, les biens qu'il possède par indivis avec d'autres. Mais ceci rentre plutôt dans ce qui tient à l'incapacité où sont certaines personnes de concéder hypothèque : j'en ferai la matière de mes réflexions lorsque je parlerai des personnes qui peuvent hypothéquer.

On ne peut non plus acquérir hypothèque sur les biens composant une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou laissée vacante (*infra*, art. 2146).

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 138.

[2] *Voy.* les développements auxquels je me suis livré sur l'art. 2226 du Code civil, dans mon *Comm. de la prescription*.

Je parlerai aussi, n° 459 *bis*, de la qu[...]tion de savoir si un créancier chirog[...]phaire, à la mort de son débiteur, p[...] devenir créancier hypothécaire de sa s[...]cession.

413 *bis*. Peut-on hypothéquer un imm[...]ble soumis à une expropriation forcée, d[...] la dénonciation a été faite au saisi, d'ap[...] l'art. 681 du Code de procédure civile?

L'art. 692 du Code de procédure civ[...] porte ce qui suit : « La partie saisie ne p[...]
» à compter du jour de la dénonciation
» elle faite de la saisie, *aliéner* les imm[...]
» bles, à peine de nullité, et sans qu'il s[...]
» besoin de la faire prononcer. »

Carré, interprétant le mot *aliéner* dans [...] sens le plus large en droit, dit qu'en i[...]terdisant la faculté d'aliéner, le Code [...] procédure civile a aussi prohibé la facu[...] d'hypothéquer. Car l'hypothèque est au[...] une aliénation.

Mais cette opinion est combattue par P[...]geau [3], Tarrible [4] et Grenier [5]. C[...] auteurs pensent que, malgré la saisie, [...] débiteur conserve le droit d'hypothéque[...] parce que la saisie ne détruit pas le droit [...] propriété de ce débiteur, mais apporte s[...]lement quelques modifications à ce droit.

Je crois cette opinion préférable. En eff[...] qu'a voulu la loi en interdisant l'aliénati[...] après la dénonciation? Elle a voulu que [...] débiteur ne pût paralyser la saisie par u[...] vente, et entraver la marche de la proc[...]dure [6].

Mais l'hypothèque ne produit aucun embarras de ce genre. Elle ne fait qu'augmenter le nombre des créanciers ayant droit sur le prix. Les créanciers hypothécaires inscrits ne peuvent s'en plaindre. Leur droit reste le même : la préférence leur est toujours assurée. A l'égard des créanciers chirographaires, leur condition est aussi la même. Ils n'avaient droit, avant la nouvelle hypothèque, qu'à venir par contribution, toutes hypothèques créées ou à créer préalablement payées. Pourquoi empêcherait-elle le débiteur d'user du droit de constituer sur ses biens autant d'hypothèques qu'il lui plaît? La preuve que la prohibition d'aliéner ne concerne pas ces nouvelles hypothèques, c'est que, d'après les art. 692 et

[3] Pigeau, *ubi supra*, § 1er, sect. 3, n° 2.

[4] *Répert.*, v° *Saisie immob.*, § 6, art. 1, n° 14.

[5] Grenier, n° 111.

[6] Pigeau, *ibid.*

suiv. du Code de procédure civile, la vente de l'objet saisi est valable, même après la dénonciation, pourvu que les créanciers inscrits soient payés. L'art. 693 décide de plus que ceux qui auront prêté les fonds pour acheter cet immeuble ainsi engagé dans les liens d'une expropriation, auront hypothèque, après les créanciers inscrits. Donc la saisie n'est pas un obstacle à la constitution d'hypothèques valables [1].

ARTICLE 2119.

Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

SOMMAIRE.

414. Renvoi. Le droit de suite est celui qui permet d'inquiéter un tiers acquéreur. En fait de meubles, ce droit n'existe pas. Exception pour le privilége du locateur.

414 *bis*. Meubles qui sont immeubles par destination. Le droit de suite se perd à leur égard quand ils changent de destination. On ne peut les suivre en mains tierces qu'avec le fonds, dont ils sont des dépendances.

415. Le droit de préférence peut avoir lieu sur les meubles, quoique le droit de suite n'y ait pas lieu. Ce sont deux droits distincts. Erreur de ceux qui croient que le droit de préférence est toujours le corollaire du droit de suite.

COMMENTAIRE.

414. J'ai déjà parlé du droit de suite aux nos 396 et 397.

Notre article n'est que la répétition de cette vieille maxime du droit français : « Meuble n'a pas de suite par hypothèque [2]. »

La conséquence de cette règle est que l'acquéreur d'un meuble ne peut être hypothécairement inquiété!

Il n'y a d'exception à cela que pour le cas où le locataire dégarnit la maison louée [3]; alors le locataire peut exercer la revendica-

---

[1] L'opinion de Carré est en harmonie parfaite avec les différentes dispositions du Code civil et du Code de procédure qui ont trait à la question. C'est ce qui doit lui assurer la préférence sur l'opinion contraire partagée par Troplong. Il ne suffit pas de dire que les constitutions d'hypothèques nouvelles par le débiteur saisi, postérieurement à la dénonciation qui lui est faite de la saisie, n'entraîneront aucun inconvénient, si d'ailleurs la loi les déclare impraticables. Et nous allons voir qu'il en est ainsi, par un rapprochement de textes qui semblent n'avoir pas été tous présents à l'esprit des partisans de l'opinion qu'adopte Troplong.

Indépendamment de l'art. 692 du Code de procédure, il y a l'art. 2124 du Code civil dont il faut tenir compte, et qui porte que les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'*aliéner* les immeubles qu'ils y soumettent; ce qui doit déjà dispenser de s'arrêter au sens que peut offrir le mot *aliéner* dont se sert l'art. 692 du Code de procéd. Car en supposant que le terme fût employé, dans ce dernier article, dans son sens étroit, toujours serait-il vrai que ce sens étroit emporte expressément, dans l'art. 2124, l'interdiction d'hypothèque.

Grenier essaye sur cet art. 2124, une explication qui ne sauve pas du tout l'argument qu'il fournit contre son opinion. « Si la faculté d'hypothéquer, dit-il, est une conséquence de la faculté d'aliéner, c'est principalement dans le sens de la *capacité* relative aux personnes, telles que les mineurs, les interdits, les femmes mariées; mais le débiteur saisi est toujours propriétaire. » Il est toujours propriétaire, d'accord; mais son droit de propriété est vinculé. Il a subi une modification très-grave, la plus grave de toutes celles dont la propriété est susceptible, celle qui lui ôte la faculté d'aliéner. N'est-ce pas là une *incapacité* qui le place sur la même ligne au moins, que les mineurs, les interdits et les femmes mariées, sous le rapport de cette même capacité d'aliénation?

Mais il y a plus, c'est qu'il est, en outre, dans l'incapacité absolue de disposer de l'immeuble d'une manière quelconque, soit en le donnant en location, s'il ne l'était pas auparavant, soit en l'affectant de charges nouvelles, et la preuve incontestable s'en trouve dans l'art. 688 du Code de procéd. dont Grenier ne parle pas, non plus que Troplong. « Si les immeubles saisis ne sont pas loués, dit cet article, *le saisi en restera en possession jusqu'à la vente, comme séquestre judiciaire*, à moins qu'il ne soit autrement ordonné par le juge. » Ce texte prouve à l'évidence que le sens du mot *aliéner* de l'art. 692 est le sens large. Car les obligations d'un séquestre sont celles d'un dépositaire; il doit garder la chose intacte.

Nous pensons donc que les hypothèques que consentirait le débiteur saisi après la dénonciation de la saisie, sont nulles de plein droit comme la vente qu'il ferait; sauf la même réserve que celle de l'art. 693 du Code de procéd. et dans les mêmes cas, laquelle réserve est justifiée par le paragraphe de l'art. 693.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Loyseau, *Off.*, liv. 3, chap. 5, no 22. Cout. de Paris, art. 170. *Supra*, no 395. *Voy.* mon *Comm. de la prescription*, art. 2279.

[3] Art. 2102 du Code civil, et 819 du Code de procédure civile. *Supra*, no 161. Pothier, *Orléans*, art. 447. Dupin. *Voy.* aussi le 2e § de l'art. 2279.

tion dans le délai de quinzaine, s'il s'agit de meubles garnissant une maison, et pendant quarante jours s'il s'agit du mobilier d'une ferme. Et encore s'agit-il ici d'un privilége.

Hors ce cas, les meubles ne peuvent être poursuivis par droit de suite hypothécaire dans les mains des tiers.

414 *bis*. Nous avons vu ci-dessus (n° 399) qu'il y a des meubles qui, placés par fiction dans la classe des immeubles, peuvent être hypothéqués avec le fonds dont ils sont l'accessoire. Mais s'ils viennent à être mis en gage ou vendus séparément de ce fonds, ils reprennent leur caractère de meubles, et une fois aliénés, ils n'ont plus de suite par hypothèque. L'acquéreur ne pourrait être poursuivi en délaissement [1].

Il suit de là que le droit de suite ne peut s'exercer sur ces immeubles fictifs, qu'avec l'immeuble auquel ils sont attachés. Mais s'ils sont possédés par un tiers détenteur sans l'immeuble dont ils sont l'accessoire ils perdent leur qualité d'immeubles : ils ne sont plus que des meubles à l'abri du droit de suite [2].

415. Les meubles sont exempts du droit de suite, comme nous venons de le voir : mais le prix qui les représente peut être affecté par certaines causes de préférence, ainsi que nous l'avons dit en parlant des priviléges sur les meubles. Il suit de là que le droit de préférence est tout à fait séparé du droit de suite; et rien n'empêche que le droit de préférence n'ait lieu, quand le droit de suite n'existe pas. C'est une vérité à laquelle il faut faire une grande attention: car j'ai vu beaucoup de personnes qui, faute d'avoir bien réfléchi sur l'ensemble de nos lois hypothécaires, étaient imbues de l'opinion que le droit de préférence est l'accessoire du droit de suite. C'est une erreur féconde en conséquences funestes, et contre laquelle on ne saurait trop s'élever [3].

ARTICLE 2120.

Il n'est rien innové par le présent Code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer.

SOMMAIRE.

415 *bis*. Renvoi. Les navires sont meubles. La saisie des bâtiments de mer, la distribution, etc., ne peuvent se faire que devant les tribunaux civils. Raison de cela.

---

[1] *Supra*, n° 399. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 137.

[2] *Voy.* la note sur le n° 399, *supra*.

[3] *Voy.* nos 95 *bis*, 280, 281, 315 *bis*, 316, 317, 327 *bis*, 274, 415.

Les meubles sont exempts du droit de suite *par hypothèque;* mais ils sont assujettis, dans certains cas, à un droit de suite réel, quand ils sont affectés à certains priviléges spéciaux, tels que celui du locateur sur les meubles qui garnissent la maison ou la ferme louée; celui du vendeur non payé, tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, si la vente est faite sans terme, art. 2102, nos 1 et 4. Dans tous les cas de priviléges sur prix de meubles, il faut cependant, pour que le privilége sur le prix puisse s'exercer, que ce prix soit provenu de la chose vendue, soit pendant qu'elle était dans la possession du débiteur de la dette privilégiée, comme dans le cas du privilége du prix de vente des meubles non payés; soit pendant la détention de la chose par le créancier, comme dans le cas de privilége du gagiste, des frais de conservation, des fournitures de l'aubergiste, des frais de voiture, et cela sans distinction des cas de suite; car l'effet du droit de suite n'est que la revendication qui replace les choses revendiquées *in statu quo*. En ce sens, il est vrai de dire que rien n'empêche que le droit de préférence n'ait lieu, quand le droit de suite n'existe pas, et même que le droit de préférence n'est pas un effet du droit de suite, toutefois en matière de priviléges mobiliers seulement. Mais si le droit de suite n'est pas nécessaire, il faut au moins qu'il y ait détention actuelle au moment où le prix, objet du privilége, se réalise sur la chose mobilière affectée, soit par le débiteur soit par le créancier. Loin que cette condition soit plus avantageuse pour le créancier privilégié, elle est plus dure pour lui que s'il pouvait annexer son droit de préférence à un droit de suite indéfini dans tous les cas. Car par ce défaut de droit de suite, le prix qui peut être réalisé par les acquéreurs ou détenteurs subséquents reste hors d'atteinte de leur privilége.

Mais il en est tout autrement en matière de priviléges immobiliers. Là il faut nécessairement que le droit de suite subsiste et accompagne la créance privilégiée, pour que le payement par préférence lui soit assuré. Quand elle a perdu ce droit de suite, elle perd aussi son droit de préférence. C'est avec ces restrictions qu'il faut entendre l'opinion émise ici par Troplong. *Voy.* au surplus la note sur les nos 282 et 317, *supra*. (*Note de l'éditeur belge.*)

COMMENTAIRE.

415 *bis*. Mon objet n'est pas de m'étendre sur la législation qui concerne les navires et autres bâtiments de mer, parce que cette matière tient au Code de commerce, sur le domaine duquel je ne veux pas anticiper dans ce commentaire.

Je me borne à dire que, d'après l'ancienne législation comme d'après la nouvelle, les navires et autres bâtiments de mer sont meubles [1].

J'ajoute que la saisie des bâtiments de mer est soumise à des formalités particulières, tracées par les art. 197 et suiv. du Code de commerce, et que d'après un avis du conseil d'État du 17 mai 1809, la procédure, la vente et la distribution doivent se faire devant le tribunal civil et non devant le tribunal de commerce. En effet, les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements. D'ailleurs le ministère des avoués y est interdit, et cependant la saisie d'un navire ne peut s'opérer sans un avoué (art. 204 du Code de commerce).

SECTION PREMIÈRE.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES.

ARTICLE 2121.

Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont :

Ceux des femmes mariés, sur les biens de leur mari ;

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur ;

Ceux de l'État, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

SOMMAIRE.

416. Définition de l'hypothèque légale. Son caractère. Fiction qu'elle contient.
417. Hypothèque légale des *dots*. Son origine dans le droit romain. Son étendue.
418. La femme a hypothèque légale pour ses *paraphernaux*. Erreur de Planel et de quelques arrêts. Autre erreur de Grenier.
418 *bis*. Les aliments dus à la femme n'ont pas d'hypothèque.
418 *ter*. Les intérêts et fruits de la dot, ainsi que les dépens pour séparation, sont protégés par l'hypothèque légale.
419. Renvoi pour autres points qui se rattachent à l'hypothèque légale des femmes.
420. Hypothèque légale des mineurs et interdits. Son origine.
421. Le mineur a aussi hypothèque légale sur celui qui gère *pro tutore*. Erreur de Grenier.
421 *bis*. Espèce décidée par la cour de cassation pour un père qui avait administré les biens de son fils *émancipé*. *Quid* du père tuteur ?
422. Il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens des subrogés tuteurs.
423. Ni sur ceux des curateurs.
424. Le père qui administre *durant le mariage* les biens de son fils mineur n'est pas tuteur, et n'est pas soumis à l'hypothèque légale. Dissentiment avec un arrêt de Toulouse.
425. Le tuteur officieux est assimilé au tuteur.
426. De la mère qui se remarie sans avoir pourvu à la nomination d'un nouveau tuteur ; et de son second époux. Étendue de leur responsabilité. Application de la maxime, *qui épouse la veuve, épouse la tutelle*.

[1] Brodeau, Paris, art. 140. Ferrières, idem, n° 14. Valin, t. 1, p. 601. Art. 190 du Code de commerce. Voy. ci-dessus, n° 177.

427. Objets pour lesquels le mineur a hypothèque sur les biens du tuteur.
428. De quel jour date l'hypothèque légale des mineurs?
429. Des tutelles déférées en pays étranger. Avis opposés de Lamoignon et de Grenier. Résolution qu'il y a hypothèque légale. De plus, l'étranger dont la tutelle a été réglée en pays étranger a hypothèque sur les biens de son tuteur sis en France. Opinions contraires. Analogies.
430. Hypothèque légale des établissements publics, des communes et de l'État. Qu'entend-on par comptables?
430 bis. Les percepteurs ne sont pas comptables.
431. Les hypothèques légales sur les comptables doivent être inscrites, mais pas celles sur les tuteurs et les maris.
432. Quant aux restrictions dont ces hypothèques légales sont susceptibles, renvoi.
432 bis. L'adition d'hérédité ne produit pas d'hypothèque légale.
432 ter. Hypothèque légale du légataire. Son utilité.
433. Hypothèque de la masse sur les biens du failli. Les absents n'ont pas d'hypothèque légale.

COMMENTAIRE.

416. L'hypothèque légale, dit l'art. 2117 du Code civil, est celle qui résulte de la loi. Elle n'a pas besoin de convention pour être établie.

On peut voir, sous le titre du Digeste *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite constituitur*, les causes assez nombreuses pour lesquelles les lois romaines donnaient une hypothèque tacite. Neguzantius en a compté jusqu'à vingt-six [1]. Dans notre législation, plusieurs de ces causes sont classées parmi les priviléges.

Lorsque la loi donne une hypothèque légale, elle feint qu'il y a eu paction et convention de la part des parties contractantes. Elle veut que l'hypothèque existe de même que si elle eût été stipulée; et même, comme la cause qui détermine la loi à sous-entendre cette hypothèque est très-favorable, elle lui donne plus d'étendue et plus de privilége qu'aux hypothèques conventionnelles. « Lex » in omnibus tacitis hypothecis fingit pac» tionem et conventionem partium contra» hentium, quamvis expressa non fuerit, » et est perinde ac si in veritate hypotheca » illa fuisset constituta per conventionem » partium [2]. »

417. La première cause pour laquelle la loi donne hypothèque légale, est celle des dots, conventions et apports matrimoniaux des femmes mariées sous le régime dotal, ou sous le régime de la communauté.

D'après l'ancien droit romain (*antiquas leges*), les femmes n'avaient qu'un privilége personnel pour être préférées, pour leur dot, aux créanciers antérieurs de leur mari. C'est Justinien qui nous l'apprend dans la fameuse loi *assiduis*, C. *qui potior*.

Si elles désiraient une hypothèque, elles étaient obligées de la stipuler.

Justinien voulut suppléer à cette insuffisance des anciennes lois par la loi 1re au Code, *de rei uxoriæ actione*. Il donna à la femme une hypothèque tacite sur les biens de son mari pour la restitution de sa dot. Il alla plus loin, il voulut que cette hypothèque fût tellement privilégiée, qu'elle assurât préférence sur tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs en date et privilégiés. C'est ce que portent et la loi *assiduis* et la novelle 97, C. 2 [3].

Doneau [4] et Vinnius son abréviateur [5], blâment avec raison Justinien d'avoir donné préférence à la femme sur des créanciers antérieurs à elle en hypothèque. C'est, en effet, une grande injustice de priver un créancier vigilant d'un droit qu'il a eu le soin de se conserver. L'art. 1572 du Code civil a dérogé à la loi *assiduis*. Il dit que la femme n'a pas de privilége sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. En cela, il n'a fait que céder à l'improbation qui s'élevait de toutes parts contre la loi romaine, et qui l'avait fait rejeter presque généralement en France. Car je crois qu'elle n'était guère suivie qu'au parlement de Toulouse, et encore, avec des modifications rapportées par Serres [6].

On voit même, par la lecture des commentateurs du droit romain, que plusieurs

[1] Part. 2, memb. 4.
[2] Neguzantius, t. 1, memb. 4, n° 11. Application de ceci. *Infra*, n° 580.
[3] *Pand.* de Pothier, t. 2, p. 72, n° 72, et t. 1, p. 573, n° 29. Cujas, *de jure dotium*, au Code, et loi uniq. C. *de rei uxor. act.*, § *et ut plenius*. Perez, sur ces titres. Voet, lib. 20, tit. 2, n° 20. Fachinée, *Controv.*, lib. 3, cap. 49. *Infra*, nos 613 et 615.
[4] Sur la loi dernière, C. *qui potior*.
[5] *Partit. juris*, lib. 2, cap. 25.
[6] P. 569. *Voy.* D'Olive, liv. 3, chap. 25 et 26.

l'entre eux, révoltés de l'injustice de cette loi, avaient cherché, par des subtilités et les limitations contraires à son texte, à la restreindre, contre la volonté précise de Justinien [1].

Mais, s'il était juste de repousser l'exagération dans laquelle Justinien s'était laissé entraîner, il n'était pas moins nécessaire d'adopter la disposition pleine de sagesse qui conférait aux femmes mariées une hypothèque légale sur les biens de leurs époux pour la sûreté de leurs apports matrimoniaux. Aussi la loi unique C. *de rei uxor. act.* fut-elle adoptée sans exception en France par la législation qui précéda le Code civil. L'art. 2121 l'a sanctionnée [2].

Il s'applique autant aux femmes mariées sous le régime de la communauté qu'aux femmes mariées sous le régime dotal.

418. Je vais expliquer maintenant quels sont les droits de la femme qui jouissent de l'hypothèque légale.

Par le droit romain, qui ne connaissait que le régime dotal, la femme avait hypothèque tacite non-seulement pour sa dot, mais encore pour son augment de dot, pour sa donation *propter nuptias* [3] et ses biens paraphernaux [4].

Mais elle n'avait d'hypothèque privilégiée, c'est-à-dire de préférence sur les créanciers antérieurs, que pour sa dot seulement. Elle n'en avait pas pour son augment de dot fait en meubles, pour sa donation *propter nuptias* et pour ses paraphernaux [5]. On craignait les fraudes à l'égard des tiers.

Suivant le Code civil, la femme commune en biens ou mariée sous le régime dotal, ou séparée, n'a pas d'hypothèque privilégiée, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure. Elle n'a qu'une simple hypothèque tacite (art. 1572). Mais cette hypothèque s'étend à tous ses apports matrimoniaux, à tous ses droits et reprises, à ses gains nuptiaux et à ses paraphernaux; et elle peut s'en prévaloir, quelle que soit la position que lui fasse son contrat de mariage, fût-elle même séparée de biens [6]. C'est ce qui résulte des expressions générales employées par la loi.

La même étendue se trouvait dans la loi du 11 brumaire an 7 qui se servait de ces mots : « *pour raison de leurs conventions et* » *droits matrimoniaux* (art. 21). »

Ceci posé, on sent qu'on ne peut pas tomber dans une erreur plus grave que Planel, professeur de droit à Grenoble, qui a avancé dans une dissertation que, par le Code civil, la femme n'a pas d'hypothèque légale pour la répétition de ses biens extradotaux. Comment peut-on soutenir une telle opinion en présence de notre article, qui attribue l'hypothèque légale *aux droits et créances* des femmes? Est-ce que les répétitions extra-dotales ne constituent pas une *créance* au profit de la femme? Et où voit-on que les rédacteurs du Code civil ont voulu modifier en ce point l'ancienne jurisprudence, basée sur les lois romaines [7]? Au surplus, les arrêts ne laissent plus de doute à cet égard [8], et l'on devrait s'abstenir de proposer à l'avenir une pareille difficulté.

Ainsi donc, si le mari a eu la jouissance des paraphernaux de sa femme pendant le mariage, celle ci aura une hypothèque générale sur les biens du premier pour leur restitution.

Grenier [9] veut que cette hypothèque n'ait lieu que pour les *capitaux* et non pour les intérêts et fruits extra-dotaux. Il se fonde sur la loi *si mulier* 2, C. *de pact. convent.*, qui a étendu aux paraphernaux l'hypothèque de la dot, et qui ne parle que du sort principal et non des intérêts. Grenier

---

[1] Fachinée, *Controv.*, lib. 3, cap. 49. Favre, *Code*, lib. 8, tit. 8, déf. 16.

[2] Suivant Voet, les femmes mariées n'ont pas d'hypothèque légale en Hollande (lib. 20, tit. 2, n° 20.) La loi du 11 brumaire an 7 reconnaissait aux femmes une hypothèque légale (art. 4), mais à charge d'inscription. *Voy.*, au surplus, l'analyse de quelques législations étrangères dans la préface de cet ouvrage.

[3] Perez, lib. 5, tit. 12, n° 20.

[4] L. *si mulier*, dernière, C. *de pactis conventis*. Favre, *Code*, lib. 5, tit. 8, déf. 23. Voet, liv. 20, tit. 2, n° 20. Cujas, Code, *de jure dotium*.

[5] Cujas, nov. 97. Favre, *Code*, lib. 8, tit. 8, déf. 16. Bretonnier sur Henrys, chap. 6, 9, 34. Voet, lib. 20, tit. 4, n° 21. Nov. 97, et loi fin. C. *qui potior*. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 573, n° 29. *Infra*, n° 592.

[6] Arrêt de la cour de Colmar du 19 août 1834. C'est à tort qu'on m'a prêté une opinion contraire dans la discussion qui a précédé cet arrêt. Tout ce que j'ai dit, dans la première édition de cet ouvrage, de l'hypothèque légale de la femme, notamment en ce qui concerne les paraphernaux, prouve bien clairement que je n'ai jamais entendu refuser à la femme séparée une garantie dont aucune loi ne lui enlève le bénéfice.

[7] *Répert.*, sect. 2, § 3, art. 4, n° 3. Grenier, n° 252. Persil, *Quest.*, t. 1er, chap. 5, sect. 1, § 4. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 154.

[8] Riom, 5 février 1821. Cass., 11 juin 1822, 6 juin 1826, 28 juillet 1828.

[9] N° 232. Dalloz adopte la même opinion par d'autres motifs.

s'appuie aussi de l'art. 1577 du Code civil, portant que, si le mari à procuration de sa femme pour administrer, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire.

Je crois que les conséquences que Grenier tire de ces autorités sont forcées. La loi *si mulier* ne me paraît pas avoir un sens limitatif : si elle ne donne pas d'hypothèque pour les intérêts, si elle paraît ne couvrir de cette garantie que le principal, *pecunias sortis*, c'est parce qu'elle suppose que le mari n'en est pas débiteur, et qu'il a usé du droit de les employer pour l'utilité commune des époux : « *et usuras quidem eorum, circa se et* » *uxorem expendere* [1]. »

Quant à l'art. 1577 du Code civil, voici ce qu'il porte : « Si la femme donne sa pro» curation au mari pour administrer ses » biens paraphernaux, *avec charge de lui* » *rendre compte des fruits*, il sera tenu vis» à-vis d'elle *comme tout mandataire.* »

Quel est le but de cet article? Est-ce de déclarer que, de même qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour le compte de sa gestion, de même il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mari pour ce qu'il doit de l'administration des paraphernaux?

Point du tout! Car, avec un tel raisonnement, il faudrait aller jusqu'à dire que le mari n'est pas soumis à l'hypothèque légale, même pour la restitution du capital paraphernal. Il le faudrait, dis-je, parce que l'art. 1577 assimile le mari au mandataire, et qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour la restitution du sort principal. Or, cette conséquence dépasse les vues de Grenier; elle nous mène hors de la saine intelligence de la loi.

Qu'a donc voulu dire l'art. 1577? il a voulu dire qu'outre la restitution du principal, le mari devrait les intérêts dans les limites de l'art. 1996 du Code civil, c'est-à-dire qu'il devrait l'intérêt des sommes employées à son usage, *à dater de cet emploi*, et celui des sommes dont il est reliquataire, *à compter de la demeure*; car c'est ainsi que le mandataire est tenu. En un mot, c'est une règle pour le délai et le compte des intérêts que l'art. 1577 a voulu donner.

Mais cela fait, rien n'empêche que le mari ne reste astreint aux obligations qui pèsent sur lui en cette qualité. L'art. 1577 le soumet à l'action *mandati*; notre article le soumet à l'action *hypothécaire*. Il n'y a pas là de contradiction entre ces deux articles. Ils donnent à la femme deux moyens au lieu d'un, et, à mon avis, ils se concilient si parfaitement, que je crois avec fermeté qu'il ne faut rien restreindre du sens du mot *créances* employé par notre article.

418 *bis*. On agitait, parmi les interprètes du droit romain, la question de savoir si les aliments étaient tacitement hypothéqués, de même que la dot. Une opinion, très-répandue, soutenait l'affirmative, parce que, disait-on, les aliments sont les intérêts de la dot.

Mais Fachinée [2] repousse ce système « *ut* » *somnia vigilantium.* » Aucune loi ne donne d'hypothèque à la femme pour les aliments dus par son mari. D'ailleurs il est faux de dire que les aliments soient les fruits de la dot. Les aliments sont une charge *personnelle* du mari, qui en doit à sa femme quand même il n'aurait pas reçu de dot [3].

418 *ter*. Quant aux intérêts ou fruits de la dot, comme ils suivent le sort principal, ils doivent avoir hypothèque légale du jour où ils ont couru. Ce point n'est pas contesté [4].

Grenier pense même que l'hypothèque légale de la femme a lieu pour les dépens qu'elle a faits sur sa demande en séparation, et il s'autorise d'un arrêt de la cour de Riom, qu'il préside, du 4 mars 1822 [5]. La cour de Douai a rendu un arrêt conforme le 1er avril 1826 [6]. Cependant il existe un arrêt rendu en sens contraire, le 12 mars 1817, par la cour royale de Rouen. Je crois les premières décisions préférables [7]. Si le privilége de la dot ne s'étendait pas aux frais faits pour la mettre en sûreté, les précautions prises par le législateur seraient facilement éludées [8].

[1] *Voy.* l'hypothèse posée par l'art. 1578 du Code civil.
[2] *Controv.*, lib. 12, cap. 33.
[3] Perezius, sur le C. *de rei uxor. act.* Surdus, *de alimentis*, t. 8, privilége 49.
[4] *Voy.* dans le même sens, Tarrible, *Répert.*, vo *Inscription hyp.*, § 5, no 14; Persil, *Rég. hyp.*, sur l'article 2151, no 7; Grenier, t. 1, nos 104 et 231; Benoît, *de la Dot.*, t. 2, no 23.
[5] Grenier, no 231.
[6] Autres arrêts conformes, Paris, 28 déc. 1822; Caen, 25 nov. 1824.
[7] *Infra*, no 702 *bis*. Je reviens sur le rang des dépens en thèse générale.
[8] *Sic*, Paris, 28 déc. 1832; Boniface, t. 2, liv. 4, tit. 3; Benoît, t. 2, no 24. — Le deuil et les aliments alloués à la femme pendant l'année du décès de son mari, sont des indemnités ou reprises matrimoniales pour lesquelles elle a hypothèque à partir du jour de son mariage.

419. Pour compléter ce qui tient à l'hypothèque légale des femmes, je renvoie à ce que je dirai ci-après : 1° pour l'inscription, sur l'art. 2135 ; 2° pour l'époque où l'hypothèque prend son existence, même article ; 3° pour les biens qu'elle frappe, sur l'article 2122 ; 4° pour la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, et la subrogation qu'elle pourrait consentir, sur les articles 2140 et suivants ; 5° pour la forme et la qualité du contrat de mariage, et s'il doit être fait en France, art. 2128 et n° 429.

420. La seconde cause pour laquelle la loi donne hypothèque est celle des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur.

Cette hypothèque légale existait aussi par le droit romain à l'égard des mineurs.

« Pro officio administrationis tutoris vel » curatoris, bona, si debitores existant, » tanquam *pignoris titulo* obligata, minores » sibimet vindicare minime prohibentur [1]. »

C'était cependant une grande contestation entre les jurisconsultes, que de savoir si cette loi, qui est de Constantin, est introductive d'un droit nouveau, ou bien si elle ne fait que confirmer un droit ancien. Je renvoie pour cette difficulté, qui tient à l'histoire du droit, à ce qu'en ont dit Balduinus [2] et Jacques Godefroy [3]. Je me contente de dire que Voet pense que, par le droit des Pandectes, les pupilles n'avaient sur les biens de leurs tuteurs qu'un privilége *inter personales* [4].

A l'égard des interdits pour cause de fureur, de démence, etc., on voit bien qu'ils avaient un privilége *in personalibus actionibus*, ainsi que cela résulte des lois 20, §§ 1, 20, 21, 22, D. *de reb. auct. jud. possid.* [5].

Mais il n'est pas aussi clair qu'ils eussent une hypothèque légale. Car aucun texte n'en fait mention.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence française, assimilant les uns avec les autres les mineurs et les interdits, leur a toujours accordé l'hypothèque légale sans distinction, telle qu'elle est aujourd'hui constituée [6].

421. Dans l'ancienne jurisprudence, on pensait communément que le mineur avait hypothèque légale, non-seulement sur les biens de celui qui était réellement tuteur, mais encore de celui qui, sans être tuteur, en faisait les fonctions, soit qu'il s'en chargeât volontairement, soit que, par erreur, il crût être tuteur. C'est ce qu'on appelait *protuteur*, suivant la définition de la loi 1, § 1, D. *de eo qui pro tutore*, portant : « Pro » tutore autem negotia gerit, qui munere » tutoris fungitur in re impuberis, sive se » putat tutorem, sive sciat non esse, fingit » tamen esse. »

La glose sur la loi 20 C. *de adm. tutor.* avait été la première à proposer l'opinion que l'hypothèque légale du mineur devait avoir lieu sur les biens du *protuteur*. Quoique les lois qu'elle alléguait ne parlassent nullement de cette extension, et ne se rapportassent qu'à l'action personnelle privilégiée [7], néanmoins on se rangea généralement à cette opinion, par la raison que celui qui a pris faussement le titre et les fonctions de tuteur ne doit pas être de meilleure condition que celui qui a réellement cette qualité [8].

Cette doctrine doit-elle être suivie sous le Code civil ?

Je dois faire remarquer que le Code, qui se sert (art. 417) du terme de *protuteur*, l'emploie dans un sens tout à fait différent de celui que lui donne la loi romaine. Le protuteur dont parle l'art. 417 remplit un véritable office public que la loi lui délègue. Il est tuteur dans toute l'étendue du terme pour les biens situés aux colonies. Il est donc certain que ce protuteur est soumis à l'hypothèque légale.

Mais le protuteur dont s'occupent les lois romaines [9] n'est pas tuteur de droit, il gère à la vérité, mais il lui manque la qualité et le pouvoir déféré par l'autorité publique. C'est une personne privée qui s'ingère dans une administration qui ne le concerne pas.

Grenier pense (t. 1, n° 273) que l'on ne peut réclamer contre lui d'hypothèque lé-

---

(C. civ., art. 570 et 2135.) Cass., 29 août 1838; Sirey, 38, 769. *Sic*, Benoît, *de la Dot.*, t. 2, n° 25. Toullier n'admet l'hypothèque qu'au cas où les frais de deuil ont été assurés par le contrat de mariage (*voy.* t. 7, n° 269).

[1] L. 20, C. *de adm. tutor.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 563, n° 3.

[2] Comm. 2, *de legib. Const.*

[3] Sur la loi 1, C. *Theod. de adm. tutor.*

[4] *Ad Pand.*, lib. 20, tit. 2, n° 19.

[5] Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 185, n° 30.

[6] Basnage, *Hyp.*, chap. 6.

[7] L. 1 et 23, Dig. *de reb. auct. jud.*

[8] Favre, *Code*, lib. 8, tit. 7, déf. 2. Basnage, *Hyp.*, chap. 6. Brodeau sur Louet, *Hyp.*, somm. 23. Pothier, *Hyp.*, chap 1, sect. 1, art. 3. Despeisses, t. 16, sect. 7, n° 12. Voet, liv. 20, tit. 2, n° 23.

[9] *De eo qui pro tutore.*

gale, et l'on peut dire en faveur de son opinion que le Code, ne faisant mention que du tuteur, entend parler de celui qui a été investi d'un titre légal, et exclut par conséquent le protuteur, c'est-à-dire celui qui n'en a que la couleur.

Je pense néanmoins que le protuteur doit être frappé, comme le tuteur, de l'hypothèque légale. Quoiqu'il n'ait pas la qualité de tuteur, néanmoins il en fait les fonctions, il en exerce la surveillance, il en accepte la responsabilité, et se soumet à toutes ses obligations. Le mineur ne doit pas être responsable de ce que le titre en vertu duquel il administre est nul, ou vicieux, ou imaginaire. Il ne voit et ne doit voir en lui que son tuteur, et ses garanties ne peuvent être diminuées de ce que le fait est contraire au droit.

Mais il faut remarquer que cette décision ne peut et ne doit avoir lieu que contre la personne qui croit ou veut gérer *pro tutore*, et qu'elle ne s'applique en aucune manière à l'individu qui s'empare des biens du mineur dans un tout autre but que celui de les administrer dans l'intérêt de ce mineur. C'est ce que Favre fait remarquer avec sa sagacité ordinaire [1], et ce à quoi Grenier n'a pas fait assez d'attention. Car, dans la discussion à laquelle il se livre, on voit qu'il confond l'un et l'autre cas.

Ainsi, si un cohéritier s'empare indûment d'une succession appartenant pour partie à ses cohéritiers mineurs, il sera improposable de réclamer contre lui une hypothèque légale, sous prétexte qu'il a fait les fonctions de tuteur. Il est clair que, loin de vouloir exercer les fonctions de la tutelle, il a cherché à frustrer au contraire ses cohéritiers, et à usurper sur eux ce qui leur appartenait. Assurément ce n'est pas là ce qu'on appelle *pro tutore gerere* [2].

Mais si un individu, sans avoir le titre légal de tuteur, l'usurpe cependant, ou bien prend soin de la personne des pupilles, administre leurs biens, recueille pour eux les successions qui leur adviennent, emploie leurs revenus à leur profit, nul doute qu'alors il ne soit leur *tuteur de fait* et qu'on ne puisse exercer contre lui l'action hypothécaire pour la reddition de ses comptes [3].

421 *bis*. Il s'est présenté la question de savoir si un père qui administre les biens de sa fille émancipée peut être soumis à l'hypothèque légale, par la raison qu'il a géré *pro tutore*.

La cour de cassation a décidé que non, avec raison. Car il ne peut y avoir de tutelle ni de protutelle, là où il y a un mineur émancipé [4]. Cette question est, comme on le voit, fort différente de celle que je viens d'examiner.

Mais si le fils n'était pas émancipé et qu'il fût en tutelle, aurait-il une hypothèque légale contre son père de même que contre un tuteur étranger?

L'affirmative ne me paraît pas pouvoir être mise en doute [5]. Dès que, par la mort de la mère, la puissance paternelle s'est convertie en tutelle légitime, le père, étant tuteur, doit être soumis à l'entière responsabilité du tuteur : car aucune exception n'a été faite pour lui.

422. L'hypothèque légale n'existe pas sur les biens des subrogés tuteurs.

Dans la rédaction première de l'art. 2135, le conseil d'État avait proposé d'étendre l'hypothèque légale sur les immeubles du subrogé tuteur pour le cas où, d'après les lois, il devient responsable, et à compter du jour de son acceptation. Mais cette disposition fut retranchée sur l'observation faite par le tribunat : « Qu'il est de l'intérêt de la société de dégager, autant que possible, les » immeubles des hypothèques; qu'il n'y a » pas de nécessité d'imprimer l'hypothèque » légale sur les biens du subrogé tuteur; » que l'action ordinaire peut suffire contre » lui; et qu'on devrait craindre que les citoyens ne fissent tous leurs efforts pour » éloigner d'eux les fonctions des subrogés » tuteurs, s'ils devaient être grevés d'une » hypothèque générale [6]. »

423. Les curateurs donnés aux mineurs émancipés [7], les conseils donnés aux prodigues et aux faibles d'esprit sont aussi affranchis de l'hypothèque légale. Ils n'administrent pas [8], ils éclairent seulement de leurs avis la personne qui leur est confiée.

Aucune loi ne les y soumet.

---

[1] *Code*, liv. 8, tit. 7, déf. 2.
[2] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 842.
[3] On verra, n° 426, la confirmation de ceci.
[4] Arrêt du 21 février 1821.
[5] Merlin, *Répert.*, v° *Puissance paternelle*.

[6] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 902. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 184. Conf. du C. civ., t. 7, p. 177.
[7] La loi du 11 brumaire an 7 accordait hypothèque légale aux *émancipés*. Le Code a dérogé à cela.
[8] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 902.

Dalloz, v° *Hypoth.*, pense cependant que le jugement qui nomme le curateur confère sur ses biens hypothèque judiciaire. Mais je montrerai plus bas (n° 440) le peu de fondement de cette opinion.

424. On a agité la question de savoir si un père qui administre, durant le mariage, les biens appartenant en propre à ses enfants mineurs, est soumis à l'hypothèque légale.

La cour de Toulouse (chose étrange) a décidé par un arrêt du 23 décembre 1818 que l'hypothèque légale devait exister [1].

Mais comment justifier une pareille décision? D'après l'art. 389 du Code civil, le père est, durant le mariage, non pas *tuteur*, mais *administrateur* des biens personnels de ses enfants mineurs.

En effet, il n'y a pas de tutelle pendant le mariage. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage qu'elle commence. Cela est si vrai, que dans toute tutelle il doit y avoir un subrogé tuteur, et que, dans le cas où le père n'est qu'administrateur durant le mariage, il n'y en a pas. « Tout mineur, disait Berlier [2], n'est pas nécessairement en tutelle. Celui dont les père et mère sont vivants, trouve en eux des protecteurs naturels, et s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient à son père. La tutelle commence au décès du père ou de la mère; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi [3]. »

A l'appui de notre doctrine, on peut citer les lois romaines, avec lesquelles il est rare de n'avoir pas raison. Elles voulaient que le fils n'eût pas d'hypothèque légale sur les biens de son père qui avait administré son patrimoine, « *non autem hypothecam filii familias adversus res patris viventis adhuc, seu jam mortui, sperare audeant* [4]. » Cette décision avait lieu, bien que la mère fût décédée, et cela par un motif bien simple, c'est que la mort de la mère ne donnait pas ouverture à la tutelle. Ce n'était que lorsque le père venait à passer à de secondes noces que l'hypothèque avait lieu. Du moins tel est le sens que Cujas donne à la loi 6, § 2, C. *de bonis quæ liber.* [5]. La législation actuelle, quoique reposant sur les mêmes bases, n'est pas aussi indifférente au décès de la mère. L'absence de toute hypothèque légale est réservée au seul cas d'administration *pendant la durée du mariage*. Mais quelle en est la raison? C'est celle des lois romaines; c'est qu'il n'y a pas de tutelle, et que l'administration du père procède du droit de puissance paternelle pure.

Au surplus, la question ne peut plus faire de doute aujourd'hui, et elle a été jugée contre l'opinion de la cour de Toulouse, par plusieurs arrêts, que Merlin rapporte dans son *Répertoire* [6], et dont l'un de la cour de cassation (du 3 décembre 1821) [7].

425. Le tuteur officieux dont parlent les art. 361 et suivants du Code civil est aussi soumis à l'hypothèque légale pour ce qui concerne sa gestion [8].

426. La mère tutrice, qui se remarie sans avoir convoqué le conseil de famille pour décider si la tutelle doit lui être conservée, perd de plein droit la tutelle, et son nouveau mari est solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée. Telle est la disposition de l'art. 395 du Code civil.

Nul doute que la mère ne soit soumise à l'hypothèque légale pour cette tutelle qu'elle conserve indûment. L'hypothèque légale, qui existait pour la tutelle primitive, se continue pour la tutelle indûment conservée, qui

---

[1] Dalloz préfère l'opinion de la cour de Toulouse. Il veut qu'on assimile la puissance paternelle à la tutelle, sans faire attention que la première est un *droit*, tandis que la seconde est une *charge*. — *Voy.* dans le sens de la cour de Toulouse Persil, *Rég. hyp.*, p. 138, et Brillard, avocat distingué à Orléans, qui se fonde sur la rubrique sous laquelle se trouve placé l'art. 389, et assimile, quant à l'hypothèque légale, l'administration du père à sa tutelle. *Voy.* aussi Grenier, t. 1, n° 277; Battur, t. 2, n° 365.

[2] *Exposé des motifs de la tutelle.*

[3] Locré, t. 3, p. 412.

[4] L. 6, § 2, C. *de bonis quæ liberis in potestate*, etc. Cujas et Perezius, sur ce même titre.

[5] Récit. solenn. sur ce titre du Code. Cette explication de Cujas concilie très-bien le § 2 de cette loi avec le § dernier, qui avait paru à quelques auteurs faire antinomie.

[6] Merlin, v° *Puissance paternelle*, sect. 4, n° 17.

[7] *Voy.* de plus Lyon, 3 juillet 1827, et Poitiers, 31 mars 1830. — A l'appui de l'opinion de Troplong, *voy.* Duranton, t. 3, n° 416, t. 19, n° 308; Zachariæ, t. 2, § 264, note 12; Magnin, *Minorités*, n° 1280. Toutefois, les père et mère auxquels est confié par le testateur l'administration de biens légués à leurs enfants, peuvent être astreints à fournir hypothèque pour garantie de leur administration; il n'en est pas à cet égard comme de l'administration que le père ou la mère tiennent directement de la loi. (Code civil, art. 389 et 2121. Rejet, 30 avril 1833.)

[8] Grenier, n° 281. Persil, *Quest.*, t. 1er, chap. 5, sect. 2, § 2. Duranton, t. 10, n° 310.

en est une suite : car, quoique la mère ne soit plus tutrice de droit, elle l'est de fait, et elle doit en subir la responsabilité (*supra*, n° 421). C'est ce que la cour de cassation a jugé le 15 décembre 1825 [1]. Dans l'espèce, la mère qui s'était remariée avant d'avoir fait nommer un tuteur, soutenait que depuis son convol, elle ne pouvait être soumise qu'à l'action *negotiorum gestorum*, parce que, dès l'instant de ce convol, elle avait cessé d'être tutrice de droit. Mais la cour suprême repoussa ce système, par la considération que, depuis le convol une *tutelle de fait est substituée à la tutelle de droit*, et que cette tutelle ne serait qu'un vain mot si elle n'avait la même efficacité que la tutelle de droit.

A l'égard du second mari qui, par l'article 395, est déclaré responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée, on demande si, de même que sa femme, il est assujetti à l'hypothèque légale.

L'affirmative ne me paraît pouvoir souffrir aucun doute.

La loi 6, au Code, *in quib. causis pign. tacite*, contient à ce sujet une décision formelle.

« Si mater, legitime liberorum tutela sus-
» cepta, ad secundas contra sacramentum
» præstitum adspiraverit nuptias, antequam
» eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque
» quod debetur ex ratione tutelæ gestæ,
» persolverit, *mariti quoque ejus præteritæ*
» *tutelæ gestæ* ratiociniis bona jure pignoris
» tenebuntur obnoxia. »

La novelle 22, cap. 40, n'est pas moins décisive. « Non solum quæ ejus sunt, in hy-
» pothecam habere lex permittit filiis, *sed*
» *etiam mariti substantiam trahit cum hypo-*
» *thecis*. »

En France, où on a toujours tenu pour maxime *qui épouse la veuve, épouse la tutelle*, il n'y a pas de doute qu'on ne doive suivre la décision des lois romaines. Puisque, d'après l'art. 395, le nouveau mari est tenu solidairement de toutes les *suites de la tutelle*, il doit en être tenu hypothécairement, de même que sa femme [2]. C'est ainsi que la question a été jugée par arrêt de Paris du 28 décembre 1822 et Poitiers, 28 décembre 1824. On s'étonne que Delvincourt, t. 1, p. 475, professe un opinion contraire.

Il n'est pas moins évident que la responsabilité du mari s'étend, non-seulement à l'indue gestion qui a lieu depuis le nouveau mariage, mais encore à toutes les suites de la tutelle depuis son origine jusqu'à sa fin. On a vu que la loi 6, C. *in quib. caus.*, le décidait d'une façon très-diserte : *Præteritæ tutelæ gestæ*. Il doit en être de même par le Code civil ; car ces expressions de l'art. 395, *toutes les suites de la tutelle*, ne peuvent s'entendre que des suites de la tutelle depuis son commencement. C'est une peine infligée au mari qui néglige de faire nommer un tuteur, et qui s'empare de ce qui fait le gage des enfants mineurs.

Tout ce que je viens de dire se confirme de plus en plus, si on compare la position du second mari qui épouse la veuve tutrice, sans faire nommer un tuteur, avec celle du second mari qui épouse la mère à qui la tutelle a été conservée par le conseil de famille. Le mari (dit l'art. 396, dont les expressions sont remarquables) devient solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage. Pourquoi cette limitation dans cet article ? Pourquoi dans l'article précédent le législateur, au lieu d'employer les mêmes termes, dit-il que le second mari est responsable de toutes les suites de la tutelle ? c'est que cette responsabilité embrasse la gestion postérieure au mariage, comme la gestion antérieure ; c'est que celui qui n'a pas rempli le vœu de la loi, en ne faisant pas nommer un tuteur aux enfants mineurs, ne doit pas être traité avec la même faveur que celui qui épouse une mère revêtue du caractère légal de tutrice, et à qui le conseil de famille a conservé cette qualité. Grenier professe la même doctrine [3]..

---

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, n° 12.

[2] Grenier, n° 280. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 185, n° 13.

[3] Le mineur a, au cas de convol de sa mère sans convocation du conseil de famille pour décider si la tutelle lui sera conservée, hypothèque légale sur les biens du second mari, à raison des suites de la tutelle indûment conservée. Et cette hypothèque existe pour la gestion *antérieure* aussi bien que pour la gestion *postérieure* au second mariage. (Code civil, art. 395, 2121 et 2135. Nîmes, 30 nov. 1831. Colmar, 26 nov. 1833.) *Sic*, Persil, *Rég. hyp.*, art. 2131, n° 32 ; Grenier, t. 1, n° 280. *Contra*, Duranton, t. 3, n° 426, et t. 19, n° 312 ; Zachariæ, t. 2 § 121, note 4.

Jugé que la mère tutrice, qui a convolé en secondes noces, et qui, maintenue dans la tutelle de ses enfants, se trouve avoir pour cotuteur son second mari, ne peut exercer son hypothèque légale sur les biens de ce dernier qu'après que ses enfants ont exercé la leur sur ces mêmes biens : obligée envers eux solidairement avec son

427. L'hypothèque légale a lieu, suivant l'art. 2135, pour tout ce qui se réfère à la *gestion* du tuteur, et constitue un *droit* ou *une créance* [1].

Ainsi, elle s'étend à ce que le tuteur a mal fait, comme vente indue des biens pupillaires [2], et elle assure le recouvrement de l'indemnité pour les aliénations des immeubles du mineur, en cas que l'action révocatoire contre les tiers lui soit moins avantageuse; elle a même lieu pour ce que le tuteur a négligé de faire, au détriment du pupille [3].

Ainsi encore, la loi la donne non-seulement pour les sommes principales dont le tuteur est reliquataire pour son compte de tutelle, mais encore pour les accessoires, au nombre desquels il faut placer, suivant le président Favre, les frais que le mineur a été obligé de faire nécessairement, pour faire opérer la reddition du compte [4].

On doit même décider que le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur, pour les sommes dont celui-ci était son débiteur avant la tutelle [5]. Cela rentre dans la gestion du tuteur; car celui-ci a dû, pendant qu'il administrait, verser dans la caisse du mineur la somme dont il était redevable, ou prendre contre lui-même les sûretés convenables. On peut voir à ce sujet un arrêt de cassation du 12 mars 1811.

428. L'hypothèque légale en faveur des mineurs prend naissance du jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135 du Code civil).

Ce n'est donc ni du jour de la reddition des comptes, quoique cette reddition puisse seule faire savoir ce qui est dû; ni du jour où le tuteur commence à gérer, car, comme je l'ai dit ci-dessus, il pourrait négliger les actes de sa gestion, et il n'en serait pas moins responsable. C'est du jour où la tutelle est acceptée, ce qui est conforme à la loi 20, au C. *de adm. tutor.*, et à l'opinion du président Favre [6] et de Basnage [7].

On pourra opposer l'art. 2195, duquel il paraîtrait résulter que le point de départ de l'hypothèque légale du mineur, est l'*entrée en gestion*.

Mais il faut coordonner cet article avec les principes généraux, dont il a voulu être l'écho. Or, le tuteur est censé entrer en gestion, dès le moment qu'il a accepté la tutelle. La loi ne suppose pas qu'il soit revêtu des fonctions de la tutelle, et qu'il en néglige les devoirs.

Quelle est donc l'époque de l'acceptation de la tutelle?

Pour les tuteurs légitimes, c'est le jour même de l'ouverture de la tutelle. Ils ne peuvent ignorer la loi qui les saisit [8].

Pour les tuteurs testamentaires, c'est le jour où ils ont eu connaissance du testament [9].

Enfin, dans les tutelles déférées par le conseil de famille, la tutelle est censée acceptée du jour de la nomination du tuteur, si elle a lieu en sa présence sans réclamation (art. 418 du Code civil);

Ou, s'il est absent, du jour de la notification (418). Le principe en cette matière est écrit dans les lois romaines [10]. « Ex quo innotuit tutori se tutorem esse, scire debet » periculum ad eum pertinere. »

429. Je dois examiner ici une question qui n'est pas sans difficulté. C'est de savoir si un acte de tutelle fait en pays étranger emporte en France hypothèque au profit d'un mineur français.

Brodeau [11] dit que les actes passés en pays étranger ne produisent pas d'hypothèque, soit expresse, soit tacite, sur les biens situés en France.

---

second mari, elle ne peut exercer ses droits au préjudice de ses enfants, au profit desquels s'est opérée une subrogation tacite dans l'effet de l'hypothèque légale de leur mère. (Code civil, art. 1251 et 2121. Rejet, Paris, 22 nov. 1836.)

[1] Expressions de notre article.

[2] Arrêt de Toulouse, 18 déc. 1826.

[3] L. 1 et suiv., C. *si tutor vel curat. non gess.* Favre, *Code*, lib. 8, tit. 7, déf. 1, nº 3.

[4] *Code*, lib. 8, tit. 7, déf. 1 et 4. *Infra*, nº 702.

[5] Voet, *ad Pand.*, lib. 20, tit. 2, nº 16. *Répert.*, vº *Hyp.*, p. 901. Persil, *Quest.*, p. 81. Grenier, nº 282. — Le mineur étranger n'a pas d'hypothèque légale sur les biens que son tuteur, aussi étranger, possède en France; du moins alors que la tutelle a été conférée en pays étranger... sauf les cas régis par des conventions diplomatiques contraires. (Code civil, art. 2121, 2135 et 11.) Peu importe que la tutelle ait été reconnue par des jugements émanés des tribunaux français. (Art. 2123.)

Cette hypothèque n'existe pas même au profit du mineur étranger qui, né en France, réclame à sa majorité la qualité de Français. (Amiens, 18 août 1834.) *Sic*, Grenier, t. 1, nº 284; Duranton, t. 10, nº 307. *Voy.* sur la question une dissertation de Gandry, insérée dans la *Revue de législation*, t. 2, p. 305.

[6] *Code*, lib. 8, tit. 7, déf. 1.

[7] *Hyp.*, chap. 6.

[8] Art. 390, 402, 506 du Code civil.

[9] Dalloz, vº *Hyp.*, t. 17, p. 186, nº 16.

[10] L. 5, § 10, Dig. *de adm. tutur.*

[11] Art. 107. Paris, et sur Louet, l. H, § 4.

Malicostes [1], art. 186, dit : « Tous con-» trats passés hors du royaume, même les » contrats de mariage et actes de tutelle, ne » portent hypothèque, soit expresse, soit » tacite, sur les biens de France. »

M. de Lamoignon, dans ses arrêtés, titre des hypothèques, art. 25, dit « que les juge-» ments et actes passés et rendus en pays étran-» ger n'emportent hypothèque en France, » quoi que ce soit, contrats de mariage et » actes de tutelle ; mais que l'hypothèque » n'aura lieu que du jour de la célébration » du mariage et de la gestion de la tu-» telle [2]. »

Je ne crois pas que l'on doive adopter ces opinions, par les raisons que voici :

Ce n'est pas de l'acte de nomination du tuteur que sort l'hypothèque attribuée au mineur. Elle découle du concours de la *qualité* de tuteur et de la *volonté* de la loi.

L'acte de nomination n'est qu'un préliminaire pour arriver à l'hypothèque ; mais il ne la crée pas. Il n'est qu'attributif et déclaratif de la *qualité* de tuteur. Or, que cet acte soit passé en pays étranger, peu importe. La loi française y croit, pourvu qu'il soit revêtu des formes voulues dans la contrée où il a été passé. *Locus regit actum.* Comme le dit Pothier [3], l'acte fait en pays étranger, avec les solennités requises, a autorité de *créance.* De là vient que, lorsqu'un individu est revêtu de la tutelle en pays étranger, la loi française ne lui dénie pas la qualité de tuteur ; au contraire, elle le reconnaît comme tel.

Ceci convenu, ne sera-t-il pas certain que l'hypothèque devra frapper les biens de ce tuteur ? car aux yeux de la loi française, *tutelle* et *hypothèque légale* sont deux idées corrélatives : cette loi ne veut pas qu'il y ait un tuteur exempt de répondre de sa gestion sous l'hypothèque de tous ses biens. Tout tuteur, dit-elle, est soumis à l'hypothèque légale ; cette obligation dérive, non pas de la puissance étrangère, qui a présidé à la confection de l'acte, non pas d'une convention, mais de la loi française elle-même, à qui il plaît d'attribuer l'hypothèque légale à la simple qualité de tuteur. Je ne comprends donc pas la susceptibilité des auteurs que j'ai cités. Le droit politique de la France n'est aucunement blessé, puisque tout émane de la volonté seule de la loi française.

On oppose qu'un contrat fait en pays étranger à l'effet de constituer hypothèque, est insuffisant pour frapper les biens de France [4]. Or, dit-on, si le tuteur se fût soumis à l'hypothèque par convention, nul doute que cette stipulation eût été impuissante pour atteindre les biens français. Il doit en être de même, lorsque la loi ne fait que sous-entendre cette convention.

Cet argument n'est qu'un paralogisme facile à réfuter. L'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'actes authentiques et doués d'exécution parée. Or, un acte passé en pays étranger ne vaut que comme acte *sous seing privé, pro simplici chirographo,* dit Mornac [5] ; ici, au contraire, l'hypothèque résulte de la *loi française*, qui la fait peser sur celui en qui elle voit la *qualité* de tuteur. C'est donc, en réalité, la loi française qui fait tout, sans aucun concours de la puissance étrangère. Élever des difficultés pareilles à celles que je réfute, c'est vouloir paralyser la loi nationale, sous prétexte de la rehausser [6].

Cette opinion est celle de Grenier [7]. Quoiqu'elle ait de nombreux contradicteurs, je n'en suis pas moins convaincu de son évidence.

Au surplus, je puis l'appuyer d'un arrêt du parlement de Lorraine du 12 août 1763 [8], qui décida qu'un habitant de Fenestranges, sujet étranger à la Lorraine, ayant été nommé tuteur *par acte tutélaire passé à Nancy* [9], devait hypothèque sur ses biens de Fenestranges pour son reliquat, à compter

[1] Sur Maine, art. 186.

[2] Le mineur a même hypothèque pour les sommes que le tuteur lui devait personnellement avant de commencer la gestion. (Favard, v° *Hyp.*, sect. 2, § 1, n° 7 ; Delvincourt, t. 3, p. 347, notes ; Duranton, t. 19, n° 317, et t. 20, n° 13.) Mais cette hypothèque se trouve éteinte par la prescription, si le mineur a laissé passer dix ans, depuis sa majorité, sans réclamer son compte de tutelle : alors la créance qui était antérieure à la tutelle n'est plus qu'une créance ordinaire soumise à l'inscription. (Code civil, art. 475, 2135. Pau, 17 juin 1837.)

[3] Sur *Orléans*, tit. 20, n° 9.

[4] Art. 2128 du Code civil.

[5] Loi dernière, Dig. *de jurid.*

[6] Il en serait de même, quand même la nomination serait faite par le juge étranger, comme cela a lieu dans quelques pays. L'hypothèque ne résulterait pas de sa décision, sans quoi ce serait une *hypothèque judiciaire*, ce qu'on ne prétend pas. Elle résulterait de *la qualité* de tuteur, c'est-à-dire de la nomination suivie d'acceptation expresse ou tacite.

[7] Grenier, n° 284.

[8] Merlin, *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 780 et suiv.

[9] En 1713, époque de cet acte de tutelle, Fenestranges était fief libre de l'empire germanique.

du jour qu'il avait été promu à ces fonctions.

Cette première difficulté nous amène à l'examen d'une autre. On demande si un mineur étranger, dont la tutelle a été déférée en pays étranger, pourra réclamer hypothèque sur les biens de son tuteur situés en France.

Rien n'est plus difficile que ce qui tient à la matière des statuts, et je me rappelle que Basnage [1] rapporte une espèce dans laquelle la même question de statut fut jugée entre les mêmes parties, et dans la même affaire, dans un sens au grand conseil de Flandre et dans un autre par les tribunaux de Rome.

Grenier pense que le mineur étranger, dont la tutelle aurait été déférée hors de France; n'aurait pas d'hypothèque légale sur les biens que son tuteur posséderait en France; car l'hypothèque, dit-il, prend son fondement dans le droit civil, et ce droit civil ne profite qu'aux regnicoles, en faveur de qui il a été établi [2].

Quoique Grenier dise que cette solution est *sans difficulté,* je dois avouer qu'elle en fait beaucoup pour moi, et je crois même devoir la repousser.

J'ai montré ci-dessus (nº 392 *bis*) que l'hypothèque est du roit des gens, et que, quoiqu'elle tienne au droit civil par la manière de l'acquérir, il n'y a pas d'empêchement à ce qu'un étranger l'obtienne en France.

Ainsi, point de doute qu'un étranger, se trouvant en France, n'ait hypothèque, par exemple, en vertu d'un jugement de condamnation obtenu par lui, et rendu par les tribunaux français. C'est là cependant un effet que la loi attribue, par une volonté spéciale, aux décisions judiciaires. Néanmoins, on ne s'est jamais avisé de soutenir qu'un étranger fût privé de l'hypothèque judiciaire en France. Ce qui a lieu pour l'hypothèque judiciaire, a lieu aussi, par la même raison, pour l'hypothèque légale, que la loi fait découler de certaines positions civiles. Grenier va donc beaucoup trop loin, quand il décide que la loi française n'a parlé que pour les Français, et pas pour les étrangers.

Maintenant, arrivons à notre difficulté, et voyons si le mineur étranger et hors de France, a hypothèque légale sur les biens que son tuteur possède dans le royaume.

La loi qui soumet les biens des tuteurs à une hypothèque légale, forme un *statut réel,* ainsi qu'on peut s'en convaincre par la fameuse définition donnée par d'Aguesseau [3]. Ce statut lie donc tous les immeubles qui composent le territoire français. Ce ne sera pas en vertu de la loi de son pays, que le mineur viendra réclamer hypothèque. Cette loi expire aux frontières. Mais il réclamera cette hypothèque au nom des lois françaises; il dira : Vous me reconnaissez comme mineur; mon tuteur, à qui vous ne déniez pas non plus cette qualité, possède des biens en France: or les lois françaises frappent d'une hypothèque légale les biens du tuteur. Cette loi forme un statut réel : laissez-la agir à mon profit; le propre du statut réel est de saisir les immeubles, abstraction faite de la personne qui les possède [4]. Ce raisonnement me paraît péremptoire [5].

C'est ainsi que la disposition de la loi qui

---

[1] Sur l'art. 422 de la coutume de Normandie.

[2] Grenier, nº 284.

[3] *Voyez-la* au *Répertoire*, vº *Autorisation maritale*, p. 530.

[4] Bartole, sur la loi *Cunctos*, C. *de summ. trinitate*, nº 27. Dumoulin, sur la même loi.

[5] Les raisons que donne Troplong pour combattre l'opinion de Grenier sur cette question, ne sont pas convaincantes. En effet, l'hypothèque et surtout l'hypothèque légale n'est pas du droit des gens, mais de pur droit civil, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer dans la note sur le nº 392, *supra*. Il importe d'ailleurs fort peu de s'appesantir sur ce point, car n'étant qu'un accessoire d'un autre contrat, elle en suit le sort quant à la capacité des parties contractantes. Ainsi donc, si l'étranger est habile à contracter conventionnellement, en France, où a lieu le contrat judiciaire, il pourra stipuler on obtenir accessoirement l'hypothèque qui doit en être la garantie, car qui peut le plus pourra le moins. Ce sont là des notions élémentaires qu'il ne faut pas perdre de vue. Quant à l'hypothèque légale, mêmes principes et mêmes conséquences. Si un étranger, sur le territoire français, est capable d'un acte qui entraîne des obligations de plein droit, d'après la loi française, pas de doute que ces obligations lui incombent comme suite et conséquences nécessaires de l'acte qu'il a posé sous l'autorité de cette loi. Ainsi donc l'étranger qui prend en France une tutelle sur un mineur étranger, en vertu de la loi française, si cette loi l'y autorise d'ailleurs, engage par hypothèque ses immeubles situés en France. Nous nous abstenons de rechercher si la loi française permet cela, ce n'est pas la question; nous raisonnons dans l'hypothèse que cela soit. Mais la tutelle prise à l'étranger, sur un mineur étranger, en vertu de la loi étrangère, ne produira pas spontanément d'hypothèque légale sur les biens du tuteur situés en France. Pour que cela puisse avoir lieu, il faut qu'il y ait réciprocité parfaite et traité formel entre les deux (États, art. 11 et 2128 du Code civil).

La distinction des statuts personnel et réel n'a rien de commun avec cela, et ne peut pas servir à éclairer la difficulté. Il est hors d'œuvre d'en parler même. Qu'importe que les lois françaises, qui frappent d'hypothèque légale les biens du tuteur, forment un statut réel en France et pour les Français, si le statut politique n'attribue pas à l'étranger capacité de contracter sous l'égide de ce statut de droit civil? Car la matière des statuts dans une sou-

attribue au père l'usufruit paternel, est considérée comme un statut réel, comme une loi de la propriété, et non de la personne [1].

C'est ainsi que Merlin pense qu'une femme étrangère a hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, parce que les art. 2121 et 2135 du Code civil forment un statut réel [2].

Enfin, je trouve une dernière autorité dans l'arrêt du parlement de Lorraine, cité tout à l'heure, et qui accorda hypothèque à des mineurs lorrains, pour une tutelle déférée en Lorraine, sur des immeubles situés dans la baronnie de Fenestranges, qui formait une souveraineté étrangère [3].

430. La troisième sorte d'hypothèque légale est celle de l'État, des communes et établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables [4].

D'après une déclaration du mois d'octobre 1648, les biens des financiers, même ceux donnés à leurs enfants, étaient sujets à leurs dettes envers le roi, et tacitement hypothéqués du jour de leur gestion [5].

C'est de là qu'est tiré notre article, en ce qui concerne l'hypothèque légale du roi et des établissements sur les biens de leurs comptables.

Ferrières, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, désigne sous le nom de *comptables*, *financiers* ou *gens d'affaires*, ceux qui manient ou ont manié les deniers publics, ou ceux du roi. Tels sont les receveurs généraux, les receveurs des contributions indirectes, les payeurs, les receveurs des communes, les receveurs des hospices, etc.

On ne peut comprendre dans la classe des comptables ceux qui ne font que surveiller et diriger l'administration, ou ceux qui ne sont que débiteurs d'un prix stipulé dans un contrat. Je le répète, pour être comptable, il faut être dépositaire et manutentionnaire de fonds [6].

Ainsi le fermier d'un hospice n'est pas comptable de cet hospice dans le sens de ce mot, et on ne peut réclamer contre lui d'hypothèque légale [7].

430 *bis*. Le gouvernement n'a pas d'hypothèque légale sur les biens des percepteurs des contributions directes ; car la loi du 5 septembre 1807, qui, dans son art. 7, désigne ceux que l'on doit considérer comme comptables, ne parle pas des percepteurs.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la cour de Colmar, du 10 juin 1820, motivé avec soin. Les percepteurs ne sont en effet que de simples collecteurs, préposés des receveurs généraux. Ils n'ont jamais de compte avec le trésor, attendu qu'ils sont obligés à faire leurs versements au fur et à mesure des perceptions.

Au surplus, toutes les fois que des difficultés s'élèveront sur le sens des mots *comptables* et *receveurs*, il faudra consulter la loi du 16 septembre 1807, qui forme le complément de notre article.

L'hypothèque légale de l'État ne s'étend ni sur ceux qui remplissent passagèrement et par intérim les fonctions de comptables [8], ni sur ceux qui ont cautionné le comptable [9].

---

veraineté, est, comme toute autre, subordonnée à la loi internationale quand il s'agit d'en faire l'application aux sujets d'une autre souveraineté. Il ne faut pas se laisser induire en erreur par les divergences qu'occasionnaient autrefois, en cette matière, les jurisprudences particulières de chaque province de France. Car si les lois de chacune de ces provinces étaient différentes, la souveraineté sur toutes les provinces était la même, et quant à l'arrêt du parlement de Lorraine, que cite Troplong, au sujet d'une tutelle sur des mineurs lorrains, et qui a reconnu l'existence de l'hypothèque légale sur des immeubles situés en pays de souveraineté étrangère, c'est que la capacité de contracter au sujet de la tutelle, était admise par la loi internationale des deux Etats, d'une manière réciproque pour les sujets des deux pays.

Après tout, l'hypothèque légale des mineurs est un droit exorbitant ; la loi française peut et veut bien en faire un objet de sa sollicitude pour les sujets français mineurs; elle ne doit pas la même faveur à des mineurs étrangers, à moins de parfaite réciprocité accordée et acceptée par la loi internationale; surtout quand elle doit avoir pour résultat de diminuer le gage commun des créanciers français. (*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Boulenbis.

[2] *Répert.*, v° *Remploi*. Dalloz, v° *Loi*, n° 36, § 4, t. 18, p. 625. Voy. *infra*, n° 513 *ter*.

[3] Cette grave question se trouve maintenant pendante devant la cour de Paris, dans l'affaire des demoiselles d'Hervas, C. Bonar, Aquilar et autres. Elle a été traitée dans un sens conforme à mon opinion par Me Félix Liouville, dont le mémoire est rempli de recherches savantes et d'ingénieux aperçus. Merlin, Odilon Barrot, Parquin et Mauguin ont adhéré à cette consultation. Je me félicite d'avoir trouvé d'aussi puissants auxiliaires dans la défense d'un point de droit auquel se rattachent de hautes considérations d'équité et de civilisation. — Mais *Voy.* l'arrêt d'Amiens, du 18 août 1834, Sirey, 35, 2, 481.

[4] L. 3, C. *de jure reipublicæ*, et loi dern., C. *quo quisque ordine*. *Répert.*, v° *Hyp.*

[5] Basnage, *Hyp.*, chap. 13.

[6] Merlin, v° *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 5.

[7] Cass., 3 juillet 1827. Pau, 25 juin 1816.

[8] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 195.

[9] Grenier, n° 292.

431. Les hypothèques légales sur les comptables diffèrent des hypothèques légales sur les tuteurs et les maris, en ce que les premières sont seules soumises à l'inscription (2134 et 2098 du Code civil). Elles ne prennent donc rang que par l'inscription; on a pensé qu'il ne convenait pas de donner au fisc et aux autres établissements publics des priviléges exorbitants qui pouvaient les rendre odieux [1].

432. La loi du 5 septembre 1807 parle (art. 7, 8 et 9) du mode de restriction de l'hypothèque légale du trésor. Je m'en occuperai sous l'art. 2161.

432 *bis*. Les hypothèques légales énumérées par notre article sont-elles les seules?

De Lamoignon aurait voulu que l'adition d'hérédité établit une hypothèque légale sur les biens de l'héritier, pour payement des legs et dettes de la succession [2].

Mais cela est contraire aux véritables principes. Jamais l'adition d'hérédité n'a été une cause d'hypothèque légale sur les biens de l'héritier; elle n'a jamais emporté qu'une obligation personnelle; sur quoi l'on peut voir Lebrun [3] et Grenier [4].

432 *ter*. Le légataire a une hypothèque légale sur les biens de la succession pour le payement de son legs (art. 1009, 1012, 1017 du Code civil).

Cette hypothèque doit-elle être inscrite? Tarrible enseigne l'affirmative [5].

Mais cette inscription n'est nécessaire que pour assurer au légataire une préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, ou sur les tiers détenteurs, et pas du tout pour déterminer le rang des légataires entre eux [6]. Quant aux créanciers de l'hérédité, on sait que les legs ne sont payables qu'après les dettes, « *bona non dicuntur nisi deducto* » *œre alieno.* »

433. La masse des créanciers d'un failli a une espèce d'hypothèque légale sur les immeubles de ce failli. Cette hypothèque se réalise par une inscription que les agents et les syndics prennent en vertu de l'art. 500 du Code de commerce.

Ce n'est pas ici le lieu de s'occuper de l'influence de cette hypothèque par rapport aux tiers.

D'après la loi du 11 brumaire an 7 (article 21, n° 2), les absents avaient une hypothèque légale sur les biens de leurs admitrateurs. Mais cette disposition n'a pas été reproduite dans le Code civil.

Dalloz, tout en reconnaissant cette vérité, voudrait que le jugement de nomination des administrateurs produisît hypothèque judiciaire au profit de l'absent [7]; mais je prouverai, *infra*, n° 440, que cette doctrine ne saurait être admise.

ARTICLE 2122.

Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées.

SOMMAIRE.

433 *bis*. Caractère de généralité de l'hypothèque légale.

433 *ter*. L'hypothèque légale frappe-t-elle les immeubles que le mari a acquis pendant la communauté, et revendus pendant sa durée? Solution affirmative.

434. La femme n'a rien à réclamer sur les immeubles

---

[1] Grenier, n° 286. — L'hypothèque accordée au trésor sur les biens des fournisseurs est non une hypothèque légale dispensée d'inscription, mais une hypothèque conventionnelle assujettie pour son inscription aux formalités prescrites par l'art. 2148, Code civil, 3 mai 1843. (Sirey, 1843, 1re part., p. 369.)

Il est pourvu d'ailleurs aux intérêts du légataire et des créanciers de la succession, par la séparation des patrimoines et par le privilége qui leur est accordé.
(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Tit. *des Act. pers. et hyp.*

[3] Liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 37.

[4] T. 1, n° 229.

[5] *Répert.*, v° *Inscript. hypothécaire.*

[6] Arrêt de Paris du 12 mars 1806. Tarrible, *Répert.*, v° *Inscription et Legs.*

[7] *Hyp.*, n° 1 et 2.

appartenant à la société dont son mari est membre.
434 *bis*. De l'hypothèque de la femme sur l'immeuble échangé.
434 *ter*. De l'hypothèque de la femme sur les biens donnés au mari avec pacte de retour, et sur les biens grevés de substitution.
435. L'hypothèque générale ne s'étend pas à l'immeuble sur lequel le débiteur n'a qu'une action *en réméré*. *Quid*, si ce débiteur vend cette action?

COMMENTAIRE.

433 *bis*. L'un des caractères les plus éminents des trois hypothèques légales énumérées dans l'article précédent, c'est qu'elles frappent sur tous les biens présents et à venir, et que tout ce qui entre dans le patrimoine du débiteur y est soumis. L'hypothèque judiciaire est la seule qui partage avec elle cette faveur. Car l'hypothèque conventionnelle ne peut pas affecter les biens à venir [1].

Nous verrons cependant par les art. 2140 et suivants et par l'art. 2161, dans quels cas et comment ces hypothèques générales peuvent être réduites.

433 *ter*. On demande si l'hypothèque légale et générale de la femme frappe sur les immeubles que le mari a acquis pendant la communauté et qu'il a ensuite revendus.

Pour résoudre cette difficulté, il faut supposer, avant tout, que la femme n'a pas pris part à la vente. Si elle y avait pris part, il est clair qu'elle ne pourrait troubler par l'action hypothécaire celui qui aurait le droit de l'actionner en garantie.

Il faut supposer aussi qu'elle a renoncé à la communauté. Car si elle l'accepte, comme le mari est maître de la communauté, et que comme tel il a le droit de vendre et d'aliéner sans le concours de sa femme, il s'ensuit qu'en traitant de son chef, il est censé traiter aussi pour sa femme. Et dès lors, celle-ci, étant covenderesse, est repoussée par la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*.

Mais lorsque la femme a renoncé à la communauté, on doit se prononcer en faveur de la femme.

Il est incontestable que tous les biens présents et à venir du mari sont soumis à l'hypothèque légale de la femme : or au nombre de ces biens, on doit nécessairement comprendre les acquêts faits pendant la communauté. Car ils appartiennent pour moitié au mari ; et quant à l'autre moitié, ils peuvent éventuellement lui appartenir, c'est à savoir si la femme n'accepte pas la communauté.

A la vérité, la femme, avant sa renonciation et au moment de la vente, était commune en biens. Mais il ne résulte pas de là qu'on puisse lui opposer qu'elle doit être considérée comme associée à la vente faite par son mari, seigneur de la communauté, car, au moyen de sa renonciation, elle est censée n'avoir jamais été copropriétaire, et, par conséquent, n'avoir jamais contracté par l'organe de son mari.

Qu'on ne dise pas qu'accorder à la femme cette hypothèque, c'est gêner le mari, et entraver des opérations qui doivent être libres.

Le droit du mari d'engager sa femme en vendant un acquêt, est essentiellement subordonné à la faculté qu'a celle-ci de renoncer à la communauté. Lorsque cette renonciation a lieu, tous les actes faits par le mari lui demeurent exclusivement personnels.

Cette doctrine est celle de Renusson [2], C'est celle de Grenier [3], de Toullier [4] et de Duranton [5]. Elle est consacrée par un arrêt de la cour d'Angers du 26 août 1812, par un arrêt de la cour d'Orléans du 14 novembre 1817, et par deux arrêts de la cour de cassation, l'un le 9 novembre 1815, et l'autre du 9 novembre 1819 [6].

Il y a cependant, en sens contraire, l'opinion de Persil et de Delvincourt [7]. Mais je ne crois pas qu'elle puisse être suivie,

---

[1] *Infra*, art. 2123 et 2129.
[2] *Communauté*.
[3] *Hyp.*, nº 248.
[4] Édit. belge, t. 7, nº 303.
[5] T. 8, nº 516, et t. 10, nº 330. — *Voy.* encore dans ce sens, Battur, t. 2, nº 521 ; Pannier, *Hyp.*, p. 145 ; Zachariæ, t. 2, § 264, note 20. Et *contra*, Persil, *Rég. hyp.*, art. 2121, nº 10, et *Quest.*, p. 233 ; Delvincourt, t. 8, p. 110. Les conquêts vendus par le mari durant la communauté ne sont soumis à l'hypothèque légale de la femme qu'autant que celle-ci renonce à la communauté. (Cass., 16 février 1841.) — V. *Pasicrisie*, note sur Paris, 8 prair., an 12.
[6] *Quest.*, t. 1er, p. 72, ch. 5, § 4.
[7] T. 3, note 6, p. 165. Dalloz incline pour cette opinion.

surtout si on se pénètre des considérants pleins de force qui précèdent l'arrêt de la cour de cassation du 9 novembre 1819. Ainsi, ceux qui achèteront des immeubles acquêts de communauté devront avoir soin de faire assister la femme du vendeur au contrat, s'ils veulent se mettre à l'abri de son recours hypothécaire. Cette précaution doit être conseillée, surtout dans un moment où il se fait de grandes spéculations sur les reventes d'immeubles. Les acquéreurs de bonne foi pourraient être trompés s'ils la négligeaient.

434. La femme dont le mari est membre d'une société de commerce, ne peut rien prétendre sur les immeubles sociaux. En effet, tant que dure la société, ces immeubles n'appartiennent pas au mari : celui-ci n'y a qu'une expectative. C'est la masse, la raison sociale qui est propriétaire.

Mais lorsque la société se dissout, et qu'on procède au partage, tous les biens sociaux qui entrent dans le domaine exclusif du mari, deviennent soumis à l'hypothèque légale de la femme [1].

434 *bis*. Lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque générale est échangé, on demande s'il reste soumis à l'hypothèque dans les mains du tiers détenteur, et si, de plus, l'immeuble reçu en contre-échange, et rentrant dans le domaine du débiteur grevé d'hypothèque générale, en est également frappé.

Ceux qui ont voulu juger cette question par l'équité et non par les principes, tels que Grenier [2], n'ont pu concevoir que l'hypothèque pût s'étendre aux deux héritages simultanément ; ils se sont laissé éblouir par cette raison, que le créancier aurait une hypothèque double de celle sur laquelle il aurait dû compter.

Domat [3] n'a pas été trompé par ces faux scrupules, et il décide que l'hypothèque s'étend aux deux héritages échangés.

En effet, l'hypothèque qui grevait l'immeuble aliéné, l'a suivi entre les mains du tiers acquéreur ; elle n'a pu disparaître qu'autant que ce dernier l'aurait purgée. Quant à l'immeuble reçu en échange, du moment qu'il est rentré dans le domaine du débiteur, il a été saisi par l'hypothèque qui frappe les biens à venir.

Vainement on objecte que le créancier se trouve avoir, par ce moyen, un gage plus considérable que celui sur lequel il avait dû compter. Car, ayant hypothèque générale, il a dû compter sur tous les biens à venir de son débiteur.

En définitive, l'échange est à peu près comme une vente. Si l'immeuble eût été vendu, l'hypothèque l'aurait poursuivi entre les mains du tiers acquéreur. Il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement en cas d'échange. A l'égard de l'immeuble reçu en contre-échange, il représente le prix de la chose aliénée. Si, dans le cas de vente, le vendeur eût employé le prix à l'acquisition d'un fonds, il est certain que ce fonds aurait été soumis à l'hypothèque générale. Or l'immeuble reçu en contre-échange est semblable à celui qui aurait été acheté avec le prix. Il doit donc être grevé par l'hypothèque.

Au surplus, l'opinion de Grenier a été proscrite par l'arrêt de la cour de cessation du 9 novembre 1815.

On verra, du reste, au n° 643, une espèce qui prouve que cette extension de l'hypothèque légale s'arrête, par exemple, dans le cas de dissolution du mariage ou de cessation de la tutelle.

434 *ter*. L'hypothèque légale de la femme comprend aussi les biens donnés par contrat de mariage à son mari par un tiers, avec clause de retour. Mais cette hypothèque n'est que subsidiaire, d'après l'art. 952 du Code civil ; il faut, par conséquent, appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus,

---

[1] Persil, *Quest.*, t. 1, liv. 2, chap. 5, § 5. — Les immeubles acquis par une société ne sont pas grevés par l'hypothèque légale des femmes des associés, tant que la société n'est pas dissoute, bien que les femmes des associés aient été mariées antérieurement à la formation de la société. Ces immeubles sont la propriété exclusive du *corps moral* dit la *société* (art. 1845, 1846, 1847 et 1852, Code civil), sans que les membres de la société y aient, *ut singuli*, un droit transmissible, une copropriété *hypothécable* pendant l'état de la société. L'hypothèque légale des femmes d'associés ne peut grever de tels biens qu'à l'instant où la dissolution du corps social fait que chaque individu a des droits particuliers. Que si, après dissolution et liquidation ou partage de la société, il arrive que l'un des associés ait dans son lot l'immeuble acquis par la société, ce partage ne fait point remonter le droit de propriété de l'associé jusqu'à l'époque de l'acquisition. Vainement on exciperait des art. 883 et 1872, Code civil, dont le premier fait produire cet effet à tout partage entre cohéritiers, et dont le second assimile les effets du partage entre associés aux effets du partage entre cohéritiers. (Rejet, Pau, 10 mai 1831. Sirey, 31, 1, 202. *Sic*, Teissier, t. 2, n° 137.)

[2] T. 1, n° 206.

[3] Sect. 1, t. 2, liv. 3, n° 12. Dans le même sens, Pothier, *Vente*, n° 630, Denisart, v° *Échange*, n° 7.

n° 251 *bis*. C'est aussi l'avis de Grenier [1].

D'après l'art. 1054 du Code civil, les femmes des grevés de substitution n'ont de recours subsidiaire sur les biens à rendre, qu'en cas d'insuffisance des biens libres, et pour *le capital des deniers dotaux*. Encore faut-il que le testateur l'ait expressément ordonné [2].

435. L'hypothèque générale ne s'étend pas à l'immeuble sur lequel le débiteur n'a qu'un droit de réméré [3]. Car l'immeuble appartient à l'acquéreur qui en est seul propriétaire [4]. Le vendeur n'y a qu'un droit éventuel. Les biens ne sont frappés par l'hypothèque générale qu'à mesure qu'ils entrent dans la propriété du débiteur [5]. Ce n'est donc que lorsque le rachat sera effectué que l'hypothèque viendra s'asseoir sur l'immeuble.

Quid si le vendeur, au lieu d'exercer lui-même ce droit, le vend? La cour de cassation a décidé [6] que l'hypothèque ne peut aller chercher l'immeuble dans les mains du nouvel acquéreur. Cet immeuble n'est pas rentré dans le patrimoine du débiteur. Il n'est pas venu y prendre l'empreinte de l'hypothèque; il est passé sans circuit de l'acquéreur à réméré à l'acquéreur définitif. Mais si le vendeur avait aliéné son droit par fraude, le créancier pourrait faire usage de l'action Paulienne [7].

SECTION II.

DES HYPOTHÈQUES JUDICIAIRES.

ARTICLE 2123.

L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus.

Elle résulte aussi des reconnaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées.

Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

---

[1] N° 263. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 157.

[2] Grenier et Dalloz, *loc. cit.*

[3] Ajoutez : Au moment de la naissance de l'hypothèque. (*Note de l'éditeur belge.*)

[4] *Supra*, n° 406; *infra*, n° 469.

[5] Arrêt de la cour de cassation du 21 décembre 1825. Il y est dit, à tort ce me semble, que le vendeur n'a qu'un *jus ad rem!* J'ai combattu cette proposition, empruntée à Pothier, dans mon *Comm. de la vente*, n° 698. Mais, au surplus, ceci ne change rien à la justesse de la solution.

[6] Même arrêt.

[7] La question serait encore de savoir si l'action Paulienne pourrait profiter au créancier hypothécaire, par un moyen de préférence quelconque sur les autres créanciers chirographaires du mari, en vertu de l'hypothèque légale. C'est ce que Troplong ne dit pas.

Mais quant à l'action en elle-même, nous pensons que le créancier hypothécaire général ne pourrait pas l'intenter, si d'ailleurs le débiteur, vendeur de l'action en réméré, a reçu le prix, comme on le suppose; quand même il serait constant que la vente eût eu lieu de concert entre le vendeur et l'acheteur pour soustraire l'immeuble à l'hypothèque. La raison en est bien simple, c'est qu'alors le débiteur vendeur n'a réellement pas diminué son savoir et qu'il lui est libre d'acquérir des immeubles ou de prendre des écus. *Quod autem, cum possit aliquid quærere, non id agit ut adquirat, ad edictum non pertinet. Pertinet enim ad diminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur.* L. 6, ff. *quæ in fraud.* Sur les immeubles futurs, le droit du créancier hypothécaire général est tout à fait éventuel, le débiteur ne peut pas être contraint d'en acquérir. En se refusant à le faire, il n'enlève rien au créancier. Or, il faut que l'effet soit réuni à l'intention, pour autoriser l'action Paulienne. (*Note de l'éditeur belge.*)

L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

SOMMAIRE.

435 *bis*. L'hypothèque judiciaire est différente du *pignus prætorium* et du *pignus judiciale* des Romains. Dissentiment avec Grenier.
436. Que comprenait le *pignus prætorium et judiciale* des Romains? Quels biens frappe notre hypothèque judiciaire? Elle est soumise à l'inscription. Une seule inscription suffit pour tous les biens, présents et à venir, de la circonscription du bureau.
436 *bis*. Si le jugement rendu contre la femme *dotée* donne hypothèque sur sa dot. Distinctions. Dissentiment avec Grenier.
436 *ter*. Si l'hypothèque résultant d'un jugement contre le mari frappe les conquêts de communauté et les suit après le partage. Distinction de Pothier, qu'il faut adopter sous le Code civil.
437. Lorsque l'immeuble soumis à l'hypothèque judiciaire est échangé, l'hypothèque frappe-t-elle sur le bien donné en échange et sur le bien reçu en échange? Renvoi.
437 *bis*. Cas où il y a hypothèque judiciaire, et non hypothèque purement conventionnelle. Lorsqu'un jugement confirme un titre donnant hypothèque spéciale, il y a hypothèque générale. Nuances à cet égard.
438. Tous jugements n'engendrent pas hypothèque. Quels jugements donnent naissance à l'hypothèque judiciaire.
439. Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque judiciaire? Opinions diverses. Dissentiment avec l'opinion commune et celle de la cour de cassation.
440. Le jugement qui nomme un curateur à une succession vacante ne produit pas hypothèque. Dissentiment avec Dalloz.
441. *Quid* du jugement qui ordonne de donner caution? Dissentiment avec Persil.
441 *bis*. *Quid* du jugement qui homologue un concordat?
441 *ter*. *Quid* d'un jugement d'*adjudication?*
442. *Quid* d'un jugement ordonnant règlement d'un mémoire d'ouvrier?
442 *bis*. *Quid* d'un jugement portant prohibition d'aliéner des immeubles?
442 *ter*. *Quid* d'un jugement qui ordonne la continuation des poursuites?
442 *quat*. *Quid* d'un bordereau de collocation délivré contre un adjudicataire?
443. Des jugements sur reconnaissance d'écriture. Du cas où le titre reconnu par jugement contient un terme de payement.
443 *bis*. Peut-on prendre inscription en vertu d'un jugement contradictoire non levé ou non signifié?
443 *ter*. Peut-on prendre inscription en vertu d'un jugement dont il y a appel?
444. Des jugements par défaut. Faut-il qu'ils soient signifiés pour donner lieu à l'inscription? Du cas où il y a opposition.
445. Des jugements rendus par des juges incompétents. Distinction à ce sujet.
446. Quels juges sont compétents pour donner un jugement de reconnaissance d'écriture privée?
447. Des jugements rendus par l'autorité administrative.
448. Quelles sont les sentences des juges de paix qui produisent hypothèque? Des reconnaissances de signatures faites *au bureau de conciliation*.
449. Des décisions arbitrales.
450. De quel jour date l'hypothèque résultant d'un jugement portant amende ou dommages et intérêts pour délit ou crime?
451. Des jugements rendus en pays étranger.
452. Des jugements des consuls français en pays étranger.
453. Des jugements rendus par des arbitres en pays étranger.
454. De quelques traités diplomatiques, 1° avec le corps helvétique; 2° avec le roi de Sardaigne. Questions sur ce second traité relativement à l'hypothèque judiciaire.
455. Questions occasionnées par les cessions et séparations de territoire.
456, 457, 458. Suite.
459. Un jugement rendu pendant l'occupation d'une province française par l'ennemi, et émanant de juges institués par l'ennemi, produit-il hypothèque en France lors de l'évacuation?
459 *bis*. Effet des jugements rendus contre une succession. Dissentiment avec la cour de cassation et Grenier.

COMMENTAIRE.

435 *bis*. Le gage judiciaire des Romains, appelé *pignus prætorium*, *pignus judiciale*, est fort différent de l'hypothèque judicaire telle que nous la connaissons; en sorte qu'on peut dire que cette hypothèque judiciaire est purement du droit français.

En effet, d'après les lois romaines, une sentence ne produisait pas ce résultat, si important dans nos lois, d'affecter tous les biens du débiteur condamné, par une hypothèque générale. La chose jugée ne produisait qu'une simple action personnelle *in factum, vel ex judicato* [1].

Par cette action, on s'adressait au magistrat à qui il appartenait de connaître de l'exécution de la sentence. Le seul point qu'il y avait à débattre devant lui était de savoir s'il y avait ou non chose jugée. Lorsque le magistrat acquérait la certitude qu'il y avait chose jugée, alors il pourvoyait à l'exécution.

De là, le *pignus prætorium* par lequel le magistrat mettait le créancier en possession des biens du débiteur absent, pour les détenir *mera custodia*, puis, après un certain délai, lui permettait de les faire vendre *sub hasta*.

Lorsque le débiteur condamné *était présent*, le magistrat lui accordait un délai s'il le requérait; mais s'il le laissait écouler sans payer, il commettait un appariteur qui saisissait les biens du débiteur, et en faisait ce qu'on appelait *pignus judiciale*. Si le débiteur ne payait pas dans les deux mois, les biens étaient mis en vente.

Cujas a marqué les différences assez nombreuses qui existent entre le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale* [2]. Je n'entrerai pas dans ce détail plus curieux qu'utile; je me bornerai à remarquer que ces deux gages ressemblent bien plus à la saisie immobilière ou exécution qu'à l'hypothèque. C'est la remarque de Mornac : *Vernaculo nostro forensi dixerimus nunc, saisie réelle* [3]. A la vérité Justinien, dans la loi 2, C. *de prætor. pignore*, donne le nom d'hypothèque au *pignus prætorium*. Mais la raison en est qu'une fois la saisie opérée, le créancier avait les biens du débiteur dans ses mains à titre de gage, et qu'il se trouvait, par conséquent, dans une position semblable au créancier qui agissait par l'action hypothécaire. Alors il n'est pas étonnant que le mot hypothèque se soit présenté sous la plume du législateur, d'autant que, dans le langage des lois romaines, les mots *pignus* et *hypotheca* sont souvent employés l'un pour l'autre.

Ainsi, je ne nie pas que l'exécution du jugement ne produisît des effets semblables à ceux de l'hypothèque, c'est-à-dire la saisie ou mise en possession des biens. Mais il y avait cette différence entre l'exécution du jugement par voie de saisie, et la poursuite de l'hypothèque par l'action hypothécaire, que celui qui saisissait par l'action hypothécaire avait sur la chose un droit réel antérieur à sa mise en possession; au lieu que dans la saisie par exécution du jugement, le créancier ne commençait à avoir droit réel que par la saisie ordonnée par le juge; avant cette ordonnance et cette mise en possession, le jugement ne donnait au créancier qu'une action personnelle. Ces considérations me portent à penser que Grenier [4], qui a vu dans le *pignus prætorium* et le *pignus judiciale* des Romains la source de notre hypothèque judiciaire, est tombé dans l'erreur; cela est si vrai que dans notre droit, on ne pourrait jamais prétendre à une hypothèque judiciaire avant le jugement définitif; au lieu que, par les lois romaines, on obtenait le *pignus prætorium* par le seul fait de l'absence du débiteur, et avant la sentence définitive [5].

L'ancienne pratique de la France était conforme à cet usage des Romains, et Brodeau [6] dit avoir vu dans des décisions manuscrites de Jean Desmares, qu'un arrêt n'était pas exécutoire contre les héritiers et tiers détenteurs du condamné, mais se résolvait en action et non en exécution; c'est aussi ce qui est remarqué par Bourdin [7], par Papon [8] et par Dumoulin [9].

L'ordonnance de Moulins changea cet état de choses. Par l'art. 35 il fut dit que « dès lors, et à l'instant de la *condamnation* donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation, il serait acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens du condamné pour l'effet et exécution des jugement et arrêt par lui obtenus. »

Telle est la véritable origine de l'hypothèque judiciaire dans le droit français. La

---

[1] Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 167, nos 42, 46. Brodeau sur Louet, lettre H, somm. 25.

[2] *Respons. Papinian.*, lib. 11, ad leg. 12, *pro emptore.*

[3] L. 26, Dig. *de pign. act. Répert.*, vo *Hyp.*, sect. 1, § 6, no 1. Brodeau, *loc. cit.*

[4] *Hyp.*, t. 1, no 192.

[5] Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, chap. 6, no 19.

[6] Sur Louet, lettre H, somm. 25.

[7] Sur l'ord. de 1539, art. 92.

[8] Liv. 18, tit. 6, art. 35.

[9] Sur Reims, art. 180.

loi hypothécaire du 9 messidor an 3 la maintint par un article ainsi conçu : « Il » résulte en faveur du créancier hypothèque » sur les biens présents et à venir de son » débiteur, contre lequel il est intervenu » soit un jugement de reconnaissance d'écrit » privé *ou de condamnation*, soit une sentence » arbitrale rendue exécutoire (art. 10). » On retrouve aussi l'hypothèque judiciaire dans l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7 : « L'hypothèque existe... 2° pour une *créance* » résultant d'une *condamnation judiciaire.* » Le Code civil a cru devoir consacrer cette antique création de notre jurisprudence. Il l'a conservée avec les caractères principaux qu'elle avait à son origine, et comme l'ordonnance de Moulins, il veut qu'elle date du jour de la sentence définitive et qu'elle soit générale [1]. La raison qui a déterminé le législateur à donner à la chose jugée la sanction d'une hypothèque, c'est la nécessité d'assurer l'exécution des arrêts de la justice. D'après les principes généraux, lorsque les obligations d'une partie sont déclarées par un jugement, elles deviennent plus étroites et plus respectables; la condamnation forme en quelque sorte une obligation nouvelle qui sanctionne la première, convertit l'action primitive en action *judicati*, et rend ainsi meilleure la condition du créancier [2]. Il est donc naturel que lorsqu'une décision judiciaire est venue fortifier le contrat ou l'obligation originaire, la créance se trouve investie d'une hypothèque qu'elle n'avait pas auparavant : *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* [3].

436. D'après le droit romain, le *pignus prætorium* n'avait lieu dans les actions réelles que pour la chose qui faisait l'objet de la condamnation.

Mais lorsque la condamnation était personnelle, la mise en possession avait lieu pour tous les biens, par le droit ancien [4]. Justinien la restreignit *juxta mensuram declarati debiti* [5].

Lorsqu'on avait recours au *pignus judiciale*, on pouvait saisir tous les biens du débiteur condamné, mais il fallait commencer par les meubles, puis on venait aux immeubles, enfin aux créances et aux actions.

Comme nous avons conçu l'hypothèque judiciaire sur d'autres bases que les Romains, nous avons aussi d'autres principes sur ses résultats. Ainsi, dès le moment de la sentence, tous les biens *présents et à venir* du condamné demeurent affectés tacitement par la puissance de cette même sentence (*infra*, n° 443).

Seulement cette hypothèque est soumise à l'inscription. La loi, dont le système est tout d'affection pour la publicité de l'hypothèque, a cru devoir restreindre, autant que possible, le nombre des hypothèques occultes, et ne pas étendre aux hypothèques judiciaires l'exemption d'inscription accordée aux hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées.

L'hypothèque judiciaire portant sur les biens à venir, de même que sur les biens présents, on a demandé si une seule inscription suffisait pour frapper tous les biens présents et à venir, ou bien s'il était nécessaire de prendre inscription à mesure des acquisitions faites par le débiteur.

Mais il a été décidé, par un arrêt de la cour de cassation du 3 août 1819, qu'une seule inscription prise en vertu d'un jugement, comprend tous les biens présents et à venir sis dans l'arrondissement du bureau [6].

En effet, l'hypothèque judiciaire est générale, et puisque l'inscription a pour but de la conserver, il s'ensuit qu'elle la conserve dans son intégrité, et, par conséquent, avec son caractère de généralité. Ce raisonnement se fortifie des inductions qu'on tire de l'art. 2148, § final, dont je parlerai *infra*. Au surplus, on peut voir sur cette question Grenier, qui, après avoir épuisé tous les arguments pour et contre, émet une doc-

[1] L'ordonnance de Moulins ne se contentait pas d'une sentence définitive, elle exigeait un jugement en dernier ressort, c'est-à-dire passé en force de chose jugée. Auzanet nous apprend qu'il était constant dans l'usage, que si, sur l'appel, la sentence était infirmée et la condamnation modérée par l'arrêt, l'hypothèque n'était acquise que du jour de l'arrêt; en cas de confirmation, l'hypothèque datait du jour du jugement.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] L. 29, Dig. *de novat.*

[3] Même loi.

[4] *Voy.* au Dig. *in quibus causis in possess.*

[5] Authent. *et qui jurat*, C. *de bonis auctor. jud.*

[6] Cass., 3 août 1819; Metz, 23 avril 1823. *Voy.* cependant *Répert.*, art. *Inscription hyp.*, § 3, et Liége, 24 février 1817. L'hypothèque judiciaire s'étend, de plein droit, à tous les biens de la partie condamnée. Peu importe qu'il y ait eu originairement et par convention une hypothèque moins étendue. (Cass., 12 déc. 1824; rejet, 20 avril 1825.)

trine conforme à l'arrêt de la cour de cassation [1].

436 *bis*. Puisque je viens de m'occuper du principe, que l'hypothèque judiciaire affecte tous les biens présents et à venir, je dois examiner une question qui se rattache à ses développements. C'est de savoir si le jugement rendu contre une femme mariée sous le régime dotal, donne hypothèque sur sa dot.

Pour résoudre cette difficulté, on a coutume de distinguer deux cas.

Le premier, lorsque la dette qui a motivé la condamnation est contractée durant le mariage; le second, lorsqu'il s'agit d'une dette antérieure au mariage.

Dans le premier cas, nul doute que la dot ne puisse pas être grevée de l'hypothèque judiciaire. Le fonds dotal est inaliénable, même après la séparation de biens, et ne peut pas être plus hypothéqué que vendu. S'il en était autrement, la femme pourrait réduire à une véritable chimère l'inaliénabilité de la dot en contractant des dettes, et en ne les payant pas [2]. Grenier professe à tort une opinion contraire [3].

Dans le second cas, il faut considérer d'abord que, suivant l'art. 1558 du Code civil, l'immeuble dotal peut être aliéné, *mais seulement avec permission de justice*, pour payer les dettes de la femme qui ont une date antérieure au mariage.

Quel est le but de cette disposition de la loi? On a voulu que la permission de la justice intervînt, afin que les fraudes fussent prévenues, afin que la femme ne pût vendre des biens au delà de ce qui serait nécessaire pour payer les dettes.

Suit-il de là que la femme ne peut hypothéquer ses biens dotaux, pour dettes antérieures au mariage, qu'avec autorisation de justice?

En thèse générale, l'affirmative est incontestable : car la faculté d'hypothéquer marche sur la même ligne que la faculté d'aliéner. Ainsi, de même qu'une femme ne peut vendre son fonds dotal qu'avec permission de justice, de même elle ne peut l'hypothéquer qu'avec permission de justice pour dettes antérieures au mariage.

Mais lorsqu'il s'agit, non pas d'une hypothèque conventionnelle, mais d'une hypothèque judiciaire, on doit dire que la permission d'hypothéquer se trouve implicitement comprise dans le jugement de condamnation; car on *quasi-contracte* en jugement. On doit supposer qu'il y a eu convention tacite de la femme au profit de ses adversaires, pour s'obliger à payer la dette si elle était reconnue fondée, et à hypothéquer tous ses biens présents et futurs; et comme il intervient un jugement qui reconnaît la légitimité de la dette, il faut dire que le juge a comme adhéré à la promesse d'hypothèque générale sous-entendue dans la comparution en jugement.

On sent, en effet, que notre cas est fort différent de celui où la femme accorde volontairement une hypothèque conventionnelle. Dans cette dernière hypothèse, elle peut, par collusion, consentir des hypothèques plus considérables que ce qui est juste et nécessaire : mais, lorsque la femme est poursuivie, que c'est contre sa volonté qu'elle est condamnée, et que la justice arrive pour mesurer l'étendue de ses obligations, alors les inconvénients cessent tout à fait. Cette opinion est aussi celle de Persil [4]. On peut l'étayer d'un argument tiré de l'art. 2126 [5].

436 *ter*. Pothier [6] examine la question de savoir si l'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement obtenu contre le mari, frappe les conquêts de communauté, de manière à suivre après la dissolution du mariage l'immeuble échu dans le partage de la femme.

Voici comment il le résout. S'il s'agit d'une dette contractée par le mari durant la communauté, on doit dire que l'immeuble de communauté échu à la femme pour son lot, n'en demeure pas moins soumis à l'hypothèque; car le mari, maître de la communauté, a pu aliéner et hypothéquer; et

[1] T. 1, n° 193. *Junge* Persil, *Quest.*, p. 58. *Répert.*, v° *Hyp. Infra*, n° 691.

[2] Favre, *Code*, liv. 5, tit. 7, déf. 6. Limoges, 8 août 1809. Persil, *Quest.*, t. 1er, liv. 2, chap. 5, § 4.

[3] T. 1, n° 205.

[4] *Quest.*, t. 1er, liv. 2, chap. 6, § 6. — *Sic*, Persil, *Quest.*, t. 1, p. 287, et *Rég. hyp.*, art. 2123, n° 31. *Contra*, Grenier, t. 1, n° 205.

[5] Le jugement de condamnation rendu contre une femme veuve emporte hypothèque, même sur ceux de ses biens qui étaient pendant son mariage affectés du caractère de dotalité, et cela encore que l'obligation cause de ce jugement ait été souscrite par la femme pendant son mariage. (Riom, 2 juin 1840.)

[6] *Communauté*, nos 752 et suiv.

sa femme, en acceptant la communauté, est censée avoir participé à tout ce qu'a fait son mari.

Mais si la dette avait été contractée par le mari antérieurement au mariage, quoique la condamnation fût postérieure, l'hypothèque, tant que la communauté existerait, pourrait bien frapper les biens de cette communauté; mais à sa dissolution, elle devrait se restreindre aux biens du mari; car, par le partage, le mari n'est censé avoir eu de propriété en son nom personnel que sur la portion à lui dévolue. Ces deux décisions ne peuvent qu'être approuvées.

437. Lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque judiciaire est échangé, l'immeuble, reçu en contre-échange est-il hypothéqué, et l'immeuble donné reste-t-il soumis à l'hypothèque? Voyez *supra*, n° 434 *bis*.

437 *bis*. Dire que l'hypothèque judiciaire est celle qui émane des jugements, c'est énoncer une de ces vérités si triviales qu'elles paraissent inutiles à proclamer. Mais ce qui n'est pas toujours aussi clair, c'est de savoir quand l'hypothèque prend sa source dans un jugement; comme, par exemple, dans le cas suivant. Un débiteur s'est obligé, par acte sous seing privé, à donner une hypothèque spéciale sur certains immeubles, et à en passer acte authentique. S'il refuse, et qu'il y soit forcé par jugement déclarant qu'à défaut de ce faire le jugement tiendra lieu de contrat, l'hypothèque qui sera inscrite en vertu de ce jugement sera-t-elle judiciaire ou conventionnelle?

On peut dire, en faveur de l'hypothèque conventionnelle, que le jugement n'a fait qu'adhérer à la convention, et qu'il ne doit pas avoir des effets plus étendus. Ainsi, dans ce système, l'hypothèque ne doit frapper que sur les biens désignés dans la convention.

Mais il faut répondre que l'hypothèque est judiciaire : car le jugement a reconnu dans l'espèce une obligation préexistante, et son effet a été d'attacher tacitement à cette obligation une hypothèque générale. Peu importe qu'originairement il y ait eu seulement promesse d'une hypothèque spéciale. Le jugement a étendu l'obligation que le débiteur a à se reprocher de n'avoir pas accomplie. Car, en ce qui concerne l'hypothèque, il y a une grande différence entre l'obligation imposée par un jugement et l'obligation imposée par un contrat. Ici l'hypothèque n'a d'étendue que celle que lui ont donnée les parties : là l'hypothèque est générale.

C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation par un arrêt du 20 avril 1825.

En voici les termes relatifs au point de droit : « Attendu qu'aux termes de l'ar-
» ticle 2123 du Code civil, l'hypothèque
» judiciaire résulte des jugements, soit con-
» tradictoires, soit par défaut, définitifs ou
» provisoires, en faveur de celui qui les a
» obtenus;
» Que l'art. 2148, dans son dernier para-
» graphe, en s'occupant du mode des inscrip-
» tions légales ou judiciaires, et employant
» ces expressions *à défaut de convention*, n'a
» pas exclu l'application de l'art. 2123,
» *lorsqu'il existe une convention, et que, néan-*
» *moins, les contestations des parties* les ont
» amenées *devant les tribunaux, et ont reçu*
» *une décision judiciaire qui devient un nou-*
» *veau titre légal* [1]. »

D'où il faut conclure que, lorsqu'un jugement confirme un titre portant promesse d'hypothèque spéciale, on ne peut pas appliquer la maxime : *Confirmatio nihil novi juris addit*. Une hypothèque générale prend la place d'une hypothèque spéciale.

Mais que devient l'hypothèque générale, dans le cas où le débiteur, satisfaisant à la condamnation, fournit l'hypothèque spéciale convenue? Voy. *infra*, art. 2161 du Code civil, n° 677.

Lorsqu'il y a une convention de laquelle résulte l'établissement définitif d'une hypothèque spéciale, si, par la suite, ce titre étant critiqué par le débiteur pour vice quelconque, le créancier obtient contre son débiteur un jugement qui le déclare valable et ordonne qu'il sera exécuté, il a alors deux hypothèques, l'une spéciale et conventionnelle, l'autre générale et judiciaire. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêts des 29 avril 1823 et 13 décembre 1824 [2].

Mais le créancier ne peut faire usage de son hypothèque générale, qu'autant que son hypothèque spéciale est insuffisante, et si elle suffit, les créanciers du débiteur peuvent le renvoyer à se faire payer sur les biens

[1] *Voy.* aussi *Répert.*, t. 17, v° *Titre confirmatif*.

[2] *Répert.*, v° *Titre confirmatif*.

grevés de cette hypothèque spéciale. C'est ce que j'expliquerai plus tard (n° 762) [1].

438. Tout jugement quelconque, dit Tarrible, n'engendre pas une hypothèque [2]; et en effet, il n'y a que les jugements qui condamnent à une *obligation*, qui puissent produire cet effet; car on ne conçoit pas qu'une hypothèque adhère à quelque chose qui ne contiendrait pas *une obligation* principale [3].

Nous disons que l'hypothèque judiciaire ne ressort que des jugements de condamnation; c'est ce que déclaraient expressément l'ordonnance de Moulins, la loi du 9 messidor an 3 et celle du 11 brumaire an 7, dont nous avons rappelé les termes au n° 435 *bis*. Il est vrai que l'art. 2123 du Code civil ne se sert pas d'expressions aussi énergiques et aussi claires; mais, outre qu'il doit être interprété par les lois qui l'ont précédé, il faut dire qu'une pensée toute semblable ressort implicitement de sa contexture. En effet, par ces mots, *en faveur de celui qui les a obtenus*, il suppose évidemment qu'il y a un vainqueur et un vaincu; que le jugement, en favorisant l'un, a fait succomber l'autre; qu'une lutte était engagée sur un point déduit en jugement, et que la décision n'a terminé le combat qu'en condamnant la prétention la moins juste et la moins fondée.

C'est en vain que, pour donner plus de latitude à l'art. 2123, on argumenterait de l'art. 2117, qui fait résulter l'hypothèque des jugements ou *actes judiciaires;* car, par ces derniers mots, l'art. 2117 n'a voulu faire allusion qu'aux reconnaissances ou vérifications faites en jugement, ou aux ordonnances judiciaires d'exécution des sentences arbitrales, lesquelles emportent aussi hypothèque judiciaire, aux termes de l'art. 2123.

Et, comme il n'y a pas de condamnation possible sans une obligation à remplir, il s'ensuit que les jugements qui n'obligent pas la partie à donner ou à faire quelque chose ne sont pas accompagnés de la sanction de l'hypothèque.

Ainsi, un jugement préparatoire et d'instruction, un jugement qui ordonnerait un rapport d'experts, une descente sur les lieux, ne produirait pas d'hypothèque. En effet, où est l'obligation imposée aux parties, où est par conséquent la possibilité d'asseoir une hypothèque? Aussi notre article dit-il que l'hypothèque judiciaire ne résulte que de jugements *définitifs* ou *provisoires :* elle ne peut donc résulter de jugements prononçant des avant faire droit. On verra plus bas plusieurs applications de ces principes (439 à 442 *ter*).

« Cela posé, dit encore Tarrible (*loc. cit.*), » nous devons dire que les jugements qui » imposent à l'une des parties une obligation » envers l'autre, ou qui déclarent légitime » une obligation préexistante, engendrent » seuls hypothèque judiciaire. »

» Quel que soit l'objet de l'obligation, » qu'elle consiste à donner, à faire, ou à ne » pas faire quelque chose, l'effet est le » même. Lorsqu'un jugement impose en » effet une obligation, ou cette obligation » consiste à donner une somme déterminée, » et alors l'objet de l'hypothèque concomitante ne peut être équivoque : ou elle » consiste à faire ou à ne pas faire quelque » chose, et comme cette obligation, selon » l'art. 1142 du Code civil, se résout en » dommages et intérêts en cas d'inexécution » de la part du débiteur, celui-ci se trouvera, en dernière analyse, obligé à payer » une somme de la même manière que celui » qui est directement obligé à payer une » somme fixe, et conséquemment l'hypothèque aura aussi un objet positif. A la » vérité, cet objet restera indéterminé dans » sa valeur, jusqu'à ce qu'un nouveau jugement, rendu sur la preuve de l'inexécution, ait liquidé les dommages et intérêts : » mais une créance indéterminée dans sa

[1] Lorsque, sur les poursuites dirigées contre le père, débiteur de la dot de sa fille, il intervient jugement qui lui accorde un délai pour le payement, ce jugement emporte *utilité* ou *reconnaissance*, dans le sens de l'art. 2123; il confère l'hypothèque judiciaire au créancier de la dot. (Bordeaux, 29 juillet 1824.)

[2] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 905, n° 2.

[3] Pour que l'hypothèque judiciaire résulte d'un jugement, il faut que ce soit un jugement qui prononce une condamnation, ou statue sur l'existence d'un droit, qu'il juge ou préjuge que l'un est créancier et que l'autre est débiteur. (Bourges, 31 mars 1830.)

Les actes judiciaires qui produisent hypothèque dans le sens de l'art. 2117, Code civil, ne sont pas seulement des jugements, ce sont toutes les transactions judiciaires et même les contrats ou quasi-contrats judiciaires d'exécution. (Poncet, *Tr. des jugem.*, t. 2, p. 337, 363, n° 3.)

Tout jugement qui impose une obligation ou reconnaît l'existence d'une obligation préexistante, bien qu'il ne contienne pas condamnation actuelle, confère hypothèque et autorise à prendre inscription. Tel est, par exemple, le jugement qui reconnaît l'existence d'une société et renvoie les parties pour la liquidation devant des arbitres. (Code civil, art. 2114, 2123; Montpellier, 7 janvier 1837. *Sic*, Colmar, 26 juin 1832; Montpellier, 2 juin 1841.)

» valeur, n'en est pas moins susceptible » d'hypothèque, pourvu qu'elle soit fondée » sur un titre capable de lui conférer ce » droit, ainsi que le porte l'art. 2132. »

Nous allons voir l'application et la portée de ces principes.

439. Un jugement qui ordonne une reddition de compte produit-il hypothèque judiciaire?

Les auteurs [1] et la jurisprudence [2] concourent en majorité à établir l'affirmative [3].

Néanmoins, il ne faut pas croire que cette opinion soit sans contradicteurs; et, quoique les dissidents soient en minorité, il importe, puisque l'on discute encore, d'examiner les raisons de part et d'autre.

Lorsque la cour de cassation se prononça la première fois sur cette question, en faveur de l'hypothèque judiciaire, elle le fit sur les conclusions *contraires* de M. Giraud, avocat général, et au surplus ses arrêts ne sont que des arrêts de rejet; or, on sait que la cour de cassation a une inclination très-prononcée pour les rejets, ce qui balance singulièrement l'autorité de ceux de ses arrêts qui aboutissent à ce résultat.

Par arrêt du 31 mars 1830, la cour de Bourges a abandonné sur quelques points la jurisprudence de la cour de cassation; mais elle l'a fait avec timidité. Elle a reconnu le principe général posé par la cour de cassation, savoir : que tout *mandataire* ou *comptable* à qui il est ordonné de rendre compte est soumis à l'hypothèque générale; mais elle a cherché à se placer dans une exception : il s'agissait d'un individu dans le compte duquel le tribunal avait ordonné des redressements d'erreurs. La cour de Bourges pensa qu'une pareille décision n'entraînait pas d'hypothèque générale.

Enfin Pigeau, que (je ne sais pourquoi) l'on ne cite pas dans la discussion de cette question, tient franchement une opinion contraire à la cour de cassation [4].

L'avis de cet auteur me paraît devoir être préféré. Le jugement qui ordonne de rendre compte n'impose pas l'obligation de payer une somme. Il impose seulement le devoir de fournir un compte. *Le rendant est débiteur d'un compte et non débiteur de sommes*, comme le dit Pigeau; qui sait si, par l'événement, il ne sera pas créancier? Or, l'hypothèque judiciaire ne s'attache qu'à l'obligation produite par le jugement. Il ne pourrait tout au plus y avoir hypothèque, que pour forcer à l'obligation de rendre le compte, et pour servir de garantie aux moyens de contrainte organisés par l'art. 534 du Code de procédure civile. Mais une fois le compte présenté et affirmé, l'obligation portée par le jugement étant remplie, l'hypothèque doit disparaître. Pour que le rendant soit débiteur de sommes, il faut aller plus loin : il faut ou qu'il y ait un reliquat avoué par le rendant et résultant du compte présenté et affirmé, et alors l'hypothèque sortira de l'exécutoire prononcé par le juge commissaire [5]; ou bien que le reliquat, d'abord dénié par le rendant, surgisse des débats du compte, et alors c'est le jugement qui le fixe, et c'est de ce moment que commence l'hypothèque, parce qu'alors commence l'obligation judiciaire de payer. Avant cela, l'hypothèque est prématurée : elle est sans cause.

On oppose qu'un jugement de reddition de compte comprend nécessairement l'obligation de payer le reliquat, s'il y en a. C'est comme si l'on disait qu'un jugement qui ordonne une preuve, contient une condamnation implicite pour celui qui ne la fera pas, et qu'un tel jugement produit hypothèque générale. Sans doute, si un tel résultat pouvait être admis, ce serait un grand triomphe pour la maxime *tout est dans tout*, mise en honneur par Jacotot; mais je doute qu'ici la raison s'en accommode.

Le jugement de reddition de compte est fondé sur un doute : il ignore ce qui arrivera. Le juge ne dit pas même de plein saut : S'il y a un reliquat, je vous condamne dès à présent à le payer. Le juge fait tout simplement espérer qu'il condamnera, si le reliquat ressort du compte. Il préjuge ce qu'il fera, mais il ne juge pas, ce qui est fort différent. Et comment jugerait-il, puisqu'il hésite et que la cause n'est pas instruite? Est-ce qu'un juge prononce des condamnations conditionnelles? est-ce qu'il engage sa décision avant de savoir à quoi s'en tenir?

---

[1] Grenier, n°s 195 et suiv. Persil, *Quest.*, liv. 2, chap. 2, § 4. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 201, n° 2.

[2] Cass., 21 août 1810. Lyon, 11 août 1809. Cass., 4 août 1825.

[3] *Voy.* notamment un arrêt de la cour de cass. de France du 16 février 1841.

[4] Pigeau, *Procéd. civ.*, liv. 3, § 3.

[5] Art. 535 du Code de procédure civile. Carré, l. de *Procéd. civ.*, t. 4, n° 1872, édit. belge de 1843.

Et puis, comment pouvez-vous dire, vous demandeur, qui réclamez, par exemple, le payement d'une somme de 4,000 francs, comment pouvez-vous dire que vous avez un titre dans le jugement qui ordonne la reddition du compte? est-ce que votre prétention a été accueillie? votre victoire ne dépend-elle pas de preuves et de moyens ultérieurs qui peuvent tourner à votre confusion? En supposant même que le compte prouve ce reliquat, n'est-il pas possible que la prescription vous fasse échouer dans votre action? Par quel aveuglement vous obstinez-vous donc à trouver un titre judiciaire là où la justice n'a exprimé qu'un doute? et ne voyez-vous pas que l'obligation de payer le reliquat s'attache si peu de plein droit à ce jugement, que la loi veut qu'elle soit ultérieurement prononcée par le juge commissaire ou par le tribunal, suivant l'issue du compte [1]?

440. Un jugement qui nomme un curateur à une succession vacante, emporte-t-il hypothèque?

Persil [2] examine cette difficulté avec détail et résout avec raison pour la négative. En effet, il ne résulte du jugement aucune condamnation ni créance contre le curateur: il n'a pas encore géré, il ne doit rien.; peut-être, par la suite, son administration pourra-t-elle donner lieu à des reproches qui attireront sur lui une responsabilité. Mais il n'est redevable de rien, lorsqu'il n'est pas encore entré en fonctions.

Le jugement de nomination ne le soumet pas même à l'obligation de rendre compte ultérieurement. C'est la loi seule qui lui en fait devoir, lorsqu'il aura géré; car tant qu'il n'a pas accepté la gestion, il n'y a pas encore de contrat, il n'est pas mandataire : il n'est tenu à aucune obligation. Je conviens que, s'il s'immisce dans la gestion, il sera tenu de rendre compte. Mais, comme nous le verrons tout à l'heure, ce ne sera pas en vertu du jugement, mais par la force du contrat extrajudiciaire, formé par son acceptation. Pour que le jugement de nomination fît peser sur lui l'obligation judiciaire de rendre compte, il faudrait qu'il y eût eu un demandeur et un défendeur, savoir : un demandeur réclamant un compte, un défendeur le refusant; et que, sur ce débat, le juge eût prononcé contre le défendeur, *en faveur du demandeur* qui aurait obtenu gain de cause [3]. Or, je le demande, où est ici le vainqueur? où est le condamné? Et comment une hypothèque judiciaire pourrait-elle sortir d'un état de choses dans lequel il n'y a ni perdant ni gagnant, où personne n'a tort, où personne n'est condamné. Il est si vrai que le jugement de nomination n'a aucune force, même implicite, à cet égard, que l'on est obligé de prendre un nouveau jugement pour forcer le curateur qui a administré à rendre compte.

Dalloz a cependant soutenu le contraire [4]. Il argumente beaucoup de la jurisprudence de la cour de cassation, qui attribue l'hypothèque judiciaire à un jugement de reddition de compte; et, marchant d'induction en induction, il voit dans la nomination d'un curateur l'obligation *implicite* de rendre compte, et, par conséquent, l'obligation *implicite* de payer le reliquat, s'il y en a. D'après ce que nous avons dit au numéro précédent, on pressent que nous ne sommes pas ébranlé par cette argumentation. Seulement nous ferons remarquer jusqu'à quels résultats outrés peut conduire ce système de *condamnations implicites*, dont la cour de cassation a jeté les bases dans la jurisprudence que j'ai cru devoir critiquer au numéro précédent.

L'opinion de Dalloz a cependant reçu l'assentiment de la cour de Paris, dans une

---

[1] Voy., *infra*, les nos 440, 442, auxquels ceci doit se lier.

L'usage, dans la pratique, est de prendre inscription en vertu d'un jugement qui condamne à une reddition de compte. Et cet usage est conforme aux principes énoncés par Tarrible, que Troplong invoque lui-même au no précédent et au no 441, *infra*. En effet, l'obligation de rendre compte est une obligation de faire qui peut se résoudre en dommages-intérêts pour le refus d'y obtempérer. Elle autorise même, après le délai passé pour la reddition, la contrainte par saisie et vente des biens du rendant jusqu'à concurrence d'une somme à arbitrer par le tribunal. Art. 534 du Code de procéd. Toutes les objections tirées de l'incertitude sur le résultat du compte final, contre l'hypothèque, devraient *a fortiori* militer contre une contrainte par saisie et vente. Donc si la loi autorise expressément la saisie, elle ne peut pas être censée refuser la mesure conservatoire. — A l'appui de l'opinion combattue par Troplong, *voy.* rejet, 21 août 1810; Paris, 16 mars 1822; Persil, *Quest.*, t. 1er, chap. 6, p. 85; Grenier, *Hyp.*, t. 1er, 1re part., chap. 2, § 1er, p. 264, no 201. Pailliet dit que la cour d'Orléans a jugé dans le même sens.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] *Quest.*, p. 82.

[3] *Supra*, no 438, et texte de l'art. 2123.

[4] Vo *Hyp.*, *passim*. *Supra*, no 423. *Voy.*, dans le sens de Dalloz, Delvincourt, t. 8, p. 56.

espèce qui, sans être absolument semblable à celle que nous venons d'examiner, se résout cependant par les mêmes moyens.

Goupy avait provoqué l'interdiction de sa sœur : deux jugements l'avaient nommé administrateur provisoire des biens de celle-ci. Depuis cette époque, la poursuite en interdiction avait été abandonnée. Goupy avait continué sa gestion ; mais, quelque temps après, un tuteur *ad hoc*, nommé à la demoiselle Goupy, prit inscription sur les biens de Goupy, *tant en vertu de la loi que des deux jugements.* — Goupy demande radiation, et un jugement du tribunal de la Seine accueille sa réclamation.

Sur l'appel, le tuteur *ad hoc* fut à peu près obligé de convenir que l'inscription ne pouvait se soutenir à titre d'hypothèque légale, mais il prétendit que les deux jugements, qui avaient nommé Goupy administrateur provisoire, conféraient une hypothèque judiciaire pour la sûreté de sa gestion. C'est le système qui fut accueilli par la cour royale, malgré les efforts de Mᵉ Dupin jeune. Son arrêt, du 12 décembre 1833, a été déféré à la cour de cassation, et j'apprends, par la *Gazette des Tribunaux*, que la section des requêtes a admis le pourvoi. En attendant que la section civile fasse prévaloir les vrais principes, que sa haute science possède si bien, je prendrai l'initiative de quelques observations.

On s'élève, depuis plusieurs années, contre les hypothèques légales, qui gênent la circulation d'un nombre immense de propriétés foncières. Sans admettre tous les reproches qu'on adresse sur ce point au Code civil, on conviendra néanmoins que le moment est mal choisi pour sortir des sages limites tracées par la loi, et envelopper d'un vaste réseau d'hypothèques générales le patrimoine de tous ceux que des jugements appellent à gérer, même provisoirement, la fortune d'autrui. C'est là cependant ce que fait la cour de Paris. Au moyen d'un détour qui tronque la pensée du Code civil, elle étend à tous ceux dont les biens sont administrés par un procureur judiciaire, la garantie hypothécaire que l'art. 2121 n'a voulu attribuer qu'aux mineurs et aux interdits à l'égard de leur tuteur. Et, pour arriver à ce résultat désastreux, que fait-elle? Il lui suffit d'appeler hypothèque judiciaire ce qu'elle n'ose pas appeler hypothèque légale, et ce qui n'est au fond qu'une hypothèque légale, puisque la loi ne veut pas que les administrateurs en question puisent leur mandat ailleurs que dans un jugement. Ainsi, avec ce système, il n'y aura pas un curateur aux biens d'un absent, pas un curateur à succession vacante, pas un gérant nommé en justice, pas un séquestre judiciaire, qui ne soit assimilé au tuteur et tenu sous l'hypothèque de tous ses biens. Mais où trouverait-on, avec une telle jurisprudence, des mandataires pour tous ces cas? Il faudra même dire que l'absent aura hypothèque judiciaire sur les biens des envoyés en possession provisoire ; car l'envoi en possession n'est ordonné que par un jugement (art. 121 du Code civil), et il rend les possesseurs comptables de leur administration envers l'absent, en cas qu'il reparaisse ou donne de ses nouvelles ! Je crois qu'il suffit d'énoncer de pareils résultats, pour démontrer combien est fautif le système dont une inflexible nécessité les fait sortir.

Mais voyons de plus près l'argumentation de la cour royale de Paris.

L'art. 2123, dit-elle, ne fait aucune distinction entre les jugements prononçant une condamnation pécuniaire actuelle, et ceux qui n'imposent qu'une obligation de faire, toujours résoluble en argent pour le cas d'inexécution ; et comme le jugement qui commet un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur à l'interdiction, impose à cet administrateur provisoire l'obligation de gérer et de rendre compte de sa gestion, nécessairement le jugement de nomination doit entraîner hypothèque pour sûreté de cette obligation. Ainsi raisonne la cour royale. Mais n'y a-t-il pas, au fond de ses aperçus, une étrange confusion d'idées?

Le jugement qui nomme un curateur à une succession vacante et à un absent, ou un administrateur provisoire à un défendeur à l'interdiction, n'oblige pas la personne désignée à accepter ce mandat. En cas de refus de la part de cette dernière, on ne peut la contraindre à se charger d'une gestion qu'elle entend répudier. Le jugement de nomination n'a pas plus de valeur coercitive qu'une simple procuration donnée à un particulier par un particulier. Que faut-il donc pour qu'il y ait un contrat, et, par conséquent une cause d'obligation? Il faut qu'à la nomination se joigne l'acceptation. C'est par l'acceptation seule, que la convention est liée, qu'elle prend le caractère et engendre les devoirs du mandat.

Il est donc faux de dire que le jugement de nomination emporte avec lui obligation de gérer, de rendre compte, de payer le reliquat : tous ces effets implicites de la chose jugée sont des chimères. Pour qu'elle les engendre, il lui faut l'adhésion d'un élément nouveau, de l'acceptation de la partie. Il suit de là que l'hypothèque judiciaire ne saurait protéger les droits de celui à qui le compte doit être rendu; car l'hypothèque judiciaire n'est qu'une sanction donnée à l'autorité de la chose jugée : elle ne prête main-forte qu'aux condamnations et aux ordres impératifs émanés de la justice seule; mais elle reste à l'écart dans le cas où un jugement n'est rien par lui-même, et où il faut qu'il attende le concours volontaire d'une tierce personne, pour devenir quelque chose d'actif. L'adage vulgaire, et presque toujours vrai, est qu'on contracte en jugement; mais ici l'axiome reste sans application. Le jugement, loin de former un contrat, n'est que l'un des termes de la convention : il n'a de vertu que si une volonté libre vient lui apporter le second terme dont il est dépourvu. Auparavant, il manque d'un des éléments nécessaires à tout acte : il n'est que la pierre d'attente d'un tout qui n'a pas encore été créé. Or, je demande si le mandat indirectement issu d'un tel jugement n'est pas tout aussi volontaire que judiciaire, et s'il n'est pas contraire à la raison de donner les effets d'un jugement à ce qu'un jugement est incapable de produire.

La cour de Paris a cru répondre à cette objection en disant que l'acceptation n'est qu'une condition suspensive qui, une fois intervenue, a un effet rétroactif et fait considérer l'obligation comme parfaite, dès l'instant même où le jugement a été rendu : mais il est assurément difficile d'être plus mal inspiré. Comment la cour de Paris a-t-elle pu oublier que le consentement de la personne avec laquelle on contracte est un des éléments essentiels de la convention, et que, tant que le consentement est inconnu, il n'y a pas l'ombre de contrat? Comment a-t-elle pu voir un contrat conditionnel dans un acte où une seule des parties a parlé? Par quelle étrange préoccupation a-t-il échappé à sa sagacité qu'un contrat, même conditionnel, n'existe que par l'accord de deux volontés : *duorum in idem placitum consensus* [1]?

Au compte de la cour royale de Paris, il faudrait donc dire que, lorsqu'on traite avec une personne éloignée et qu'on lui propose, par exemple, de lui acheter une maison, le contrat remonte à la date de la proposition, de telle sorte que l'acceptation du vendeur aura pour conséquence de l'obliger, avant même qu'il ait parlé! Où en sommes-nous, si les vérités les plus élémentaires du droit se trouvent ainsi compromises?

Pothier avait examiné, dans l'ancienne jurisprudence, une question voisine de celle que nous discutons. On va voir que sa décision est une réfutation péremptoire de l'arrêt de la cour royale de Paris.

On sait que, dans le droit antérieur à la révolution, tout contrat authentique emportait avec lui une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir (*supra*, n° 392). L'acte authentique faisait donc à peu près ce que nos jugements de condamnation font aujourd'hui. Eh bien! Pothier se demande si une procuration passée pardevant notaire donne au mandant hypothèque sur les biens du mandataire, et il n'hésite pas à se prononcer pour la négative. « Car, dit-il, ce n'est pas par la procuration » que le mandataire, qui n'y est pas présent, » s'oblige envers le mandant; ce n'est que » par l'acceptation qu'il fait depuis la pro- » curation. C'est pourquoi, à moins que » cette acceptation ne se fit aussi par un » acte devant notaire, le mandant ne peut » avoir d'hypothèque sur les biens du man- » dataire [2]. » La similitude de cette espèce avec la nôtre est frappante. Le jugement de nomination équivaut à la procuration : c'est le *spondesne* des Romains. L'acceptation est la réponse, le *spondeo*, et comme elle n'a rien de judiciaire, elle repousse l'hypothèque dans notre espèce, comme elle l'exclut dans l'hypothèse tout à fait analogue de Pothier.

Ces arguments ne s'appliquent pas à un cas dont je parlais tout à l'heure, à celui des envoyés en possession provisoire des biens d'un absent; car ce sont eux qui sollicitent l'envoi en possession, et le tribunal ne l'ordonne que sur leur demande (art. 120 du Code civil). Mais ce qui répond au système qui voudrait, l'arrêt de la cour de

---

[1] *Voy.* Pothier, *Mandat*, n° 86.

[2] Pothier, *Mandat*, n° 66.

Paris à la main, faire peser sur leurs biens une hypothèque générale, c'est que le jugement qui les nomme n'est pas un jugement de condamnation (*supra*, n° 438); c'est que ce jugement ne statue pas sur la question de responsabilité, laquelle n'a pas été déduite *in judicio;* c'est que l'art. 2123 ne crée l'hypothèque judiciaire qu'*en faveur de celui qui a obtenu le jugement*, et qu'ici c'est précisément en faveur des envoyés en possession que le jugement a été rendu, car ils triomphent dans leur demande. Au surplus, ce qui achève de lever tous les doutes, c'est que, d'après l'art. 120, l'envoi en possession ne peut être exécuté qu'autant que l'envoyé a donné caution pour sûreté de son administration. Or, quel rôle jouerait une hypothèque générale, quel secours donnerait-elle à l'absent, déjà suffisamment garanti par l'interposition de la caution? que ferait d'ailleurs l'absent de cette hypothèque? Il faudrait qu'elle fût inscrite. Qui l'inscrira pour lui? Il n'est plus représenté que par l'envoyé en possession, qui a intérêt à ne pas charger ses biens d'une inscription et qu'aucune loi n'oblige, après tout, à prendre cette mesure.

Ces observations me paraissent donc démontrer, avec la dernière évidence, que le législateur n'a nullement entendu soumettre l'envoyé en possession à une hypothèque générale, bien que l'envoi en possession le rende comptable à l'égard de l'absent; car autre chose est d'être déclaré comptable par suite d'un jugement rendu après résistance, ou d'être comptable en vertu d'une disposition de la loi, qu'on n'entend pas éluder.

Or, je crois que ce résultat est un argument de plus à ajouter à ceux que j'ai fait valoir ci-dessus, pour exempter de l'hypothèque judiciaire tous les administrateurs que la loi fait nommer par des jugements, sans les soumettre à une hypothèque légale [1].

441. *Quid juris* d'un jugement qui reçoit caution judiciaire? Les biens de cette caution ne se trouvent pas hypothéqués par ce jugement, car il ne prononce contre elle aucune condamnation; les obligations tacites auxquelles la caution est soumise résultent de la loi, et non du jugement, qui ne fait que la recevoir [2].

Suivant Persil, on doit même dire que le jugement qui ordonne au débiteur de donner caution, ne soumet ses biens à aucune hypothèque judiciaire. Ce qui le prouve, ajoute cet auteur, c'est qu'après avoir prévu le cas où le débiteur ne trouverait pas de caution, l'art. 2041 ajoute qu'il pourra donner à sa place un gage ou nantissement suffisant.

Or, si par l'effet du jugement le créancier eût eu une hypothèque judiciaire, la loi n'eût pas accordé cette dispense. C'eût été, en effet, restreindre le droit du créancier, le limiter à une chose spéciale, alors qu'il aurait eu une hypothèque générale par la prononciation du jugement. Ainsi parle Persil [3].

Je ne sais si cette opinion est bien exacte.

Le jugement qui ordonne de fournir caution, impose au débiteur une obligation explicite.

Il doit remplir cette obligation sous l'hypothèque de tous ses biens, puisqu'un jugement ne peut astreindre à une obligation sans que tous les biens y soient immédiatement affectés.

Mais il ne faut pas croire que cette hypothèque ait pour objet de répondre du payement de l'obligation principale. Elle ne garantit que les dommages et intérêts, auxquels l'obligé pourrait être astreint, faute de fournir la caution ordonnée.

C'est pourquoi cette hypothèque a un tout autre objet que le gage ou nantissement, qui, d'après l'art. 2041 du Code civil, doit être fourni par celui qui ne peut trouver de caution solvable; car ce gage doit garantir le payement de l'objet principal. Ainsi il n'y a, dans ce système, ni confusion d'hypothèque, ni lésion d'intérêts: ce sont des garanties différentes pour des cas différents.

Par exemple: Pierre, fermier, s'est obligé, par convention, à me fournir une caution. Il refuse et j'obtiens contre lui un jugement qui le force à remplir son obligation, c'est-à-dire à me donner la caution promise.

Nul doute qu'à défaut par lui d'obtempérer, je pourrai obtenir des dommages et in-

---

[1] Mais le jugement qui nomme un administrateur provisoire aux biens d'une personne dont l'interdiction est provoquée, emporte hypothèque sur les biens de l'administrateur. (Paris, 12 déc. 1833.)

[2] Persil, *Quest.*, liv. 2, chap. 6, § 2, art. 517 et suiv., Code de proc. civ. *Contra*, Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 201, n° 3.

[3] Persil, *Quest.*, t. 1er, liv. 2, chap. 6, § 2.

térêts. Ce sont ces dommages et intérêts qui seront couverts par l'hypothèque résultant du jugement qui ordonne que la caution sera fournie.

Mais l'hypothèque ne s'étendra pas au delà ; et dès le moment que Pierre m'aura donné caution, c'est-à-dire qu'il aura exécuté le jugement, mon hypothèque générale cessera, et je n'aurai plus de garantie que dans la caution seule.

S'il ne trouve pas de caution, il devra me donner un gage suffisant. C'est pour le forcer à arriver à ce résultat que le jugement m'a donné hypothèque judiciaire. Cette dernière hypothèque n'est pas le but : elle est le moyen. Aussitôt le gage fourni, l'hypothèque générale doit disparaître.

Il est cependant des cas où le jugement qui ordonne que caution sera fournie ne porte pas hypothèque : c'est lorsque le défaut de présenter cette caution ne se résout pas en dommages et intérêts, mais en une autre peine, dont la garantie ne peut être effectuée par une hypothèque.

Par exemple : le juge ordonne-t-il que le jugement sera exécuté provisoirement, moyennant caution? Si celui qui a obtenu gain de cause ne donne pas caution, sa peine sera qu'il ne pourra passer outre à l'exécution du jugement ; l'on conçoit qu'alors il n'est soumis à aucune hypothèque.

Ainsi encore, un jugement accorde un délai à celui qu'il condamne, moyennant qu'il fournira caution. S'il ne fournit pas cette caution, sa peine sera la perte de ce bénéfice, et l'on conçoit encore que l'hypothèque ne puisse se présenter ici comme garantie.

441 *bis*. Un jugement qui homologue un concordat, et ordonne aux parties de l'exécuter, est un jugement portant hypothèque générale au profit de ceux qui l'ont obtenu sur les biens de ceux qu'il soumet à des obligations. Il en est de même de tous les *arrêts convenus*, ou autrement dit *d'expédient*. Une condamnation, quoique consentie, n'en est pas moins une condamnation. *Confessus pro judicato habetur* [1].

441 *ter*. Mais un jugement d'*adjudication* n'emporte pas d'hypothèque. Ce n'est pas là un jugement de condamnation ; ce n'est pas même un jugement rendu sur contestation : c'est moins un jugement qu'une formalité judiciaire requise pour donner à un acte une plus grande solennité [2].

442. Un jugement qui ordonne règlement d'un mémoire d'ouvrier n'emporte pas d'hypothèque, d'après ce que j'ai dit n° 439. C'est l'avis de Persil [3]. Il n'y a pas là de condamnation prononcée, et notre article ne doit s'entendre que d'un jugement emportant *condamnation*, ainsi que je l'ai exposé au n° 438.

La créance résultant du mémoire peut se trouver éteinte par compensation, ou par prescription, ou par novation. Le juge, en ordonnant, par avant faire droit, le règlement du mémoire, n'a pas entendu trancher les questions qui se rattachent à ces points divers. Il ne se lie pas par les mesures successives auxquelles il croit nécessaire d'avoir recours pour découvrir la vérité ; il laisse le fond tout à fait intact, et c'est cependant au moment même où il s'abstient de prononcer en définitive, qu'on voudrait que son jugement produisît hypothèque générale sur les points mis en réserve ! Quelle confusion d'idées ! quel oubli des vrais principes sur la cause de l'hypothèque judiciaire !

442 *bis*. On a élevé la question de savoir si un jugement portant prohibition d'aliéner des immeubles, jusqu'à ce que des opérations de liquidation fussent faites entre parties, entraîne hypothèque judiciaire. On ne conçoit pas qu'il ait pu y avoir du doute à cet égard. Le jugement dont il s'agit imposait l'*obligation de ne pas faire*, et, par conséquent, l'hypothèque judiciaire y était attachée pour servir de garantie aux dommages et intérêts qui pouvaient en résulter [4].

Mais remarquez bien que, dans un cas pareil, l'hypothèque doit disparaître aussitôt qu'il est prouvé par l'événement que l'obligation dont elle était l'accessoire a été remplie. Le contraire a cependant été jugé

[1] Brux., 8 mai 1822. *Répert.*, t. 16, p. 402. Brux., 9 janvier 1807.

[2] Grenier, n° 200. Delvincourt, t. 7, p. 158, n° 7. Persil, art. 2123, n° 11. *Voy.* au surplus les principes rappelés au n° 438.

[3] *Quest.*, v° *Hyp. jud.*, § 2. *Contra*, Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 201.

[4] Cass., 4 juin 1828. — De même le jugement qui nomme un expert pour constater la réception des travaux dans le cas de l'art. 2103, n° 4, Code civil, ne confère pas au constructeur une hypothèque judiciaire susceptible d'être conservée par une inscription prise en vertu de ce jugement. (Code civil, art. 2123. Bordeaux, 26 mars 1834.)

par arrêt de la cour de Montpellier du 27 novembre 1826, confirmé par arrêt de la section des requêtes du 4 juin 1828. Dans l'espèce que je rapportais au commencement de ce numéro, la cour royale a décidé que l'inscription hypothécaire valait non-seulement pour sûreté des dommages et intérêts à réclamer pour violation de la prohibition, mais encore pour sûreté du reliquat de compte à intervenir. Mais je ne pense pas qu'une exagération aussi arbitraire du principe de l'hypothèque judiciaire, soit faite pour convertir les esprits à ce frêle et dangereux système de condamnations éventuelles et conditionnelles, qui substitue des fictions forcées à la vérité, qui fait parler le juge alors qu'il s'abstient de juger, qui rêve des titres hypothécaires là où le jugement ne voit encore que des doutes.

442 *ter*. On demande ce qu'il faut décider d'un jugement qui, sur une opposition à des actes d'exécution, ordonne que *les poursuites seront continuées*.

Si l'obligation qui a donné lieu aux poursuites était contestée, et que le jugement, après l'avoir reconnue valable, ordonnât la continuation des poursuites, cette décision entraînerait hypothèque judiciaire. Il y aurait obligation résultant d'un jugement.

Mais si l'opposition, sans mettre en doute l'obligation principale, était fondée sur un vice de forme dans le commandement ou dans la procédure, le jugement qui ordonnerait la continuation des poursuites après avoir rejeté les moyens de nullité, ne produirait pas d'hypothèque. C'est une distinction fort juste faite par Dalloz. Au surplus, on peut consulter là-dessus un arrêt de la cour de cassation du 29 avril 1823, et un arrêt de la cour de Nîmes du 5 janvier 1831, qui paraissent rentrer dans la première branche de distinction.

442 *quat*. On a agité, devant la cour de Grenoble, la question de savoir si un bordereau de collocation, délivré à un créancier chirographaire dans un ordre ouvert sur le prix des biens du débiteur, confère hypothèque judiciaire contre l'adjudicataire; mais, par arrêt du 28 mai 1831, cette cour a sagement annulé l'inscription prise par ce créancier mal conseillé. Quoique le bordereau de collocation soit l'expédition *parte in qua* du procès-verbal d'ordre qui est une véritable décision judiciaire, il est néanmoins manifeste qu'aucune vertu hypothécaire ne vient s'attacher à lui contre l'adjudicataire. Ce dernier ne subit, en effet, aucune condamnation : il ne conteste pas, il ne résiste pas à ses obligations; il attend que l'ordre des rangs soit fixé entre les créanciers. Ce serait donc une véritable absurdité que de vouloir le grever d'une hypothèque judiciaire. Il ne faut pas oublier que cette sanction de la chose jugée n'a lieu que pour les droits déduits en jugement et qui motivent une condamnation, soit qu'elle soit convenue entre les parties, soit qu'elle soit débattue par un sentiment d'injustice. Or, où est ici la possibilité d'une condamnation contre l'adjudicataire? Que lui importent les débats qui s'élèvent entre les créanciers sur leur rang? En quoi sa position peut-elle être aggravée par le procès-verbal d'ordre qui, ainsi que l'indique son titre, ne fait que statuer sur des questions de préférence auxquelles il est totalement étranger?

Vainement on objecterait que, puisque le procès-verbal d'ordre ne peut être clos qu'après une sommation de contredits (art. 755 du Code de procédure civile) faite aux créanciers produisants, et que cette faculté de contredire appartient aussi à l'exproprié, on doit décider que l'admission de la créance forme une reconnaissance de la légitimité de la dette, laquelle suffit, comme nous le verrons tout à l'heure, pour faire naître l'hypothèque. En supposant que cette reconnaissance implicite produise tous les résultats de la reconnaissance expresse faite en jugement, et dont une décision judiciaire donne solennellement acte, comment ne voit-on pas que rien de tout cela ne peut être opposé à l'adjudicataire pour qui toute cette procédure n'est d'aucun intérêt, et qui reste spectateur passif en dehors de ce mouvement?

443. Les jugements qui portent reconnaissance ou vérification de signatures apposées à des actes sous seing privé, donnent naissance à l'hypothèque judiciaire [1].

Mais il faut prendre garde à une chose; c'est que ces jugements n'entraînent hypothèque qu'autant que les actes sous seing privé dont ils tiennent les signatures pour reconnues renferment des obligations exigibles. Car si le jugement était rendu avant l'échéance ou l'exigibilité, il ne pourrait pas être pris d'inscription, il faudrait attendre que l'époque convenue dans la stipula-

[1] Sur le sens du mot *jugement*, voy. nos 448, 449, etc.

tion fût arrivée et échue, sans payement de la part du débiteur.

Telle est la disposition de la loi du 3 septembre 1807.

Avant elle, la cour de cassation jugeait que les reconnaissances obtenues par jugement, même avant l'exigibilité de l'obligation, avaient hypothèque judiciaire du jour de ce jugement [1].

Mais l'on sentit que cette jurisprudence, qui du reste ressortait d'une saine intelligence des dispositions de la loi (*infra*, n° 470), pouvait avoir des inconvénients. C'était soumettre à une hypothèque celui qui n'avait pas voulu en donner une dans la convention, et à qui, néanmoins, un terme avait été accordé par cette même convention; et ce qu'il y a de pis, c'était l'y soumettre avant de savoir s'il manquerait ou non à ses engagements, et faire, par conséquent, une brèche injuste à son crédit.

Il y avait encore à cela un autre vice; c'est qu'on éludait la spécialité de l'hypothèque conventionnelle. Il eût suffi, en effet, d'avoir un acte sous seing privé, et, en obtenant un jugement de reconnaissance avec l'exigibilité, on se fût sur-le-champ assuré une hypothèque générale [2].

La loi du 3 septembre 1807 remédia à ces inconvénients par les dispositions que j'ai rappelées tout à l'heure. L'une des parties ne peut plus se faire constituer des hypothèques contre la teneur de la convention : le créancier qui a négligé de stipuler une hypothèque conventionnelle ne peut en obtenir une judiciaire, qu'autant que l'obligation est exigible, et que le débiteur n'y a pas satisfait.

On sent néanmoins que si l'acte sous seing privé, contenant délai de payement, renfermait une clause par laquelle il serait convenu que le créancier pourrait se pourvoir en reconnaissance d'écriture avant l'exigibilité, et acquérir par là hypothèque judiciaire, cette convention serait valable et ferait cesser la prohibition de la loi [3].

Pour une plus grande exactitude, je crois devoir rappeler le texte précis de la loi du 3 septembre 1807. Elle est conçue en deux articles fort courts.

« Art. 1er. Lorsqu'il aura été rendu un » jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de » ladite obligation, il ne pourra être pris » aucune inscription hypothécaire en vertu » de ce jugement qu'à défaut de payement » de l'obligation, après son échéance ou son » exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipu» lation contraire.

» Art. 2. Les frais relatifs à ce jugement » ne pourront être répétés contre le débi» teur que dans le cas où il aurait dénié sa » signature.

» Les frais d'enregistrement seront à la » charge du débiteur, tant dans le cas dont » il vient d'être parlé que lorsqu'il aura re» fusé de se libérer après l'échéance ou » l'exigibilité de la dette. »

Cette loi est modelée sur une déclaration du 2 janvier 1717 [4] qui prescrivait, *pour les billets de commerce seulement*, des mesures analogues à celles que la loi du 3 septembre 1807 a prescrites pour billets quelconques, soit de commerce ou autres. Ce que cette déclaration avait fait pour prévenir le discrédit des commerçants, la loi nouvelle l'a établi pour l'intérêt de tous. Ce n'est pas que cette déclaration soit encore en vigueur. La cour de cassation a décidé, par un arrêt du 6 avril 1809, qu'elle est abrogée [5], et la loi du 3 septembre 1807, loin de l'avoir rétablie, a été au contraire destinée à la remplacer avec plus d'étendue. Mais il est bon en jurisprudence de rappeler les analogies, les points de contact et les origines. L'interprétation peut y gagner autant que l'histoire du droit.

443 *bis*. D'après l'ordonnance de Moulins, l'hypothèque judiciaire avait lieu, *dès lors et à l'instant de la condamnation contradictoire donnée en dernier ressort, et du jour de la prononciation*.

En sorte qu'il n'était pas besoin de signifier le jugement. C'est aussi ce qui résultait de l'art. 11, titre 35, de l'ordonnance de 1667.

On peut dire avec certitude qu'il en est de même d'après le Code civil; il fait résulter l'hypothèque des jugements contradictoires, et ne modifie ce principe par aucune condition, si ce n'est cependant que l'hypothèque doit être inscrite, et qu'elle ne prend rang

[1] 3 février 1806, 17 janvier 1807, 17 mars 1807.
[2] Grenier, nos 193 et suiv.
[3] Art. 1, loi du 3 septembre 1807.

[4] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 218, n° 5.
[5] C'est aussi l'opinion de Grenier, n° 199. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 219, note.

que du jour de l'inscription. Or, puisque l'hypothèque résulte des seuls jugements, il s'ensuit qu'on peut prendre l'inscription après la prononciation, et avant signification, enregistrement, etc. [1].

On opposerait en vain l'art. 147 du Code de procédure civile, qui dispose que « s'il » y a avoué en cause, le jugement ne pourra » *être exécuté* qu'après avoir été signifié à » avoué, à peine de nullité, et que les juge» ments provisoires et définitifs qui pronon» ceront des condamnations seront en outre » signifiés à la partie, à personne ou domi» cile, avec mention de la signification à » l'avoué. »

Mais prendre inscription en vertu d'un jugement, ce n'est pas l'exécuter, c'est faire un acte conservatoire [2].

Dira-t-on, si le jugement n'est ni levé ni enregistré, qu'il faut pour prendre inscription représenter au conservateur l'expédition authentique du jugement (art. 2148), et qu'ainsi l'inscription prise sans cette production est vicieuse?

On répond que cette formalité n'est exigée que dans l'intérêt du conservateur des hypothèques, pour sa garantie, et qu'il peut renoncer à exiger la représentation du titre, si d'ailleurs il est certain qu'il existe [3].

443 *ter*. D'après l'ordonnance de Moulins, citée tout à l'heure, l'hypothèque judiciaire ne résultait que de jugements rendus *en dernier ressort*.

Mais des remontrances ayant été faites, le roi fit, le 10 juillet 1566, une déclaration pour modifier l'ordonnance en cette partie. Par l'art. 11 de cette déclaration, il fut dit que l'hypothèque aurait lieu en effet du jour de la sentence, si elle était confirmée par arrêt, ou *d'icelle*, s'il n'y avait appel. Tels sont aussi les principes d'après le Code civil. Ainsi, quoique le jugement soit rendu en premier ressort, rien n'empêche qu'on ne prenne inscription. L'inscription suit le sort de l'appel : elle croule avec le jugement s'il est réformé, ou subsiste avec lui s'il est maintenu.

Lorsque le jugement est maintenu sur certains points et réformé sur d'autres, l'inscription vaut pour les parties de la décision qui sont confirmées.

Si le jugement de première instance condamne à payer 10,000 francs, et que, sur l'appel, la condamnation soit restreinte à 5,000 francs, on demande de quel jour datera l'hypothèque. Sera-ce du premier jugement, ou bien de l'arrêt rendu sur l'appel? et par suite, l'inscription prise en vertu du jugement en premier ressort vaudra-t-elle jusqu'à concurrence des 5,000 francs portés en la sentence d'appel?

Auzanet prétend que l'hypothèque ne commence que du jour de l'arrêt en dernier ressort, et il cite une décision qui l'a ainsi jugé.

Mais cette opinion n'est pas soutenable; l'arrêt qui adjuge une partie de la somme portée par la sentence, confirme la sentence à cet égard, et il ne l'infirme que pour le surplus. *In eo quod plus sit, semper inest et minus* [4]. L'hypothèque doit donc remonter au jour du jugement en premier ressort [5].

444. A l'égard des jugements par défaut, c'était une difficulté, dans l'ancienne jurisprudence, de savoir si l'hypothèque datait du jour de la prononciation, ou du jour de la signification. Car l'ordonnance de Moulins, en donnant hypothèque du jour de la condamnation, ne distinguait pas si le jugement était rendu contradictoirement ou par défaut.

Mais l'ordonnance du mois d'avril 1667, titre *Requêtes civiles*, art. IX, décida que les jugements par défaut ne donneraient hypothèque que du jour de la signification aux

---

[1] Persil, *Quest.*, t. 1, p. 289, et *Rég. hyp.*, art. 2123, nº 30; Grenier, t. 1, p. 194; Battur, t. 2, nº 327; Delvincourt, t. 3, p. 526; Merlin, *Répert.*, vº *Hyp.*, sect. 2, § 2, art. 3; Duranton, t. 19, nº 338. Et même sans qu'il soit besoin d'attendre l'expiration du délai de huitaine durant lequel l'exécution de tout jugement est suspendue. Favard de Langlade, t. 5, nº 917; Dalloz, t. 12, p. 941, nº 10; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, nº 803. *Contra*, Carré, nº 803; Pigeau, t. 1, p. 113; Lepage, *Quest.*, p. 176.

[2] *Supra*, nº 365. Grenier, nº 198. Merlin, *Répert.*, vº *Hyp.* Delvincourt, t. 7, p. 158. Dalloz, vº *Hyp.*, t. 17, p. 203. Ainsi jugé, cass., 9 déc. 1820, et arrêt du 29 novembre 1824, portant cassation. Toulouse, 27 mai 1830.

[3] *Répert.*, vº *Hyp. Infra*, nº 677.

[4] L. *in eo*, Dig. *de reg. juris*.

[5] Ferrières, sur Paris, art. 170, § 3, nºs 3, 4, 5. Pothier, *Orléans*, tit. 20, nº 17. Persil, art. 2123. Grenier, nº 196. — On peut prendre une inscription hypothécaire sur les biens d'une ville en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée. Elle peut être prise même dans le cas où il s'agit d'un jugement de condamnation en dommages-intérêts obtenu en vertu de la loi du 10 vendém. an 4 sur les pillages. (Brux., 27 janv. 1841. *Voy.* l'arrêt de rejet en date du 30 déc. 1841.)

procureurs. On considéra que souvent les jugements par défaut sont rendus par surprise sur des exploits non signifiés, et dont ceux qui sont condamnés n'ont pas connaissance [1].

Mais les lois nouvelles n'ont pas renouvelé cette disposition. Elles la proscrivent au contraire : car dans le projet de Code civil dressé par la commission on lisait [2] une disposition par laquelle il était dit que « les jugements par défaut n'emportent hypothèque que du jour de leur signification, » et cette disposition fut retranchée. D'où il suit que notre article fait dépendre l'hypothèque des seuls jugements contradictoires ou par défaut. C'est en ce sens que la jurisprudence [3] s'est prononcée [4].

Au surplus, il est bon de savoir que la cour de Riom, par arrêt du 9 avril 1807, a décidé qu'un jugement par défaut ne confère hypothèque qu'après la signification. Mais cet arrêt isolé est trop contraire à l'esprit de la loi pour faire jurisprudence. La cour dont il émane en a d'ailleurs rendu deux autres en sens contraire [5].

Ce que j'ai dit du cas où un jugement en premier ressort est modifié sur l'appel s'applique au cas où un jugement par défaut est réformé sur l'opposition [6].

445. Ferrières examine la question de savoir si, pour que les jugements portent hypothèque, il faut qu'ils aient été rendus par des juges compétents, et il résout que si les juges étaient incompétents *ratione materiæ*, comme s'ils jugeaient hors de leur ressort, quoique du consentement des parties, la sentence serait nulle, et ne pourrait pas produire d'hypothèque [7].

Cependant Ferrières lui-même, dans son Commentaire sur l'art. 170, § 4, au supplément intitulé : « Questions proposées aux » mercuriales du parlement concernant la » matière des hypothèques, » rapporte que les anciens de l'ordre des avocats, consultés par messieurs du parlement, furent d'avis que les sentences emportent hypothèque, soit qu'elles aient été données par juges compétents ou *incompétents*. D'Héricourt dit aussi [8] : « C'est même un usage certain » que la sentence rendue par un juge *in-* » *compétent* de connaître d'une affaire, donne » hypothèque au créancier du jour qu'elle » est intervenue, quand la partie a procédé » volontairement devant le juge incompé- » tent. »

Ces deux opinions paraissent contraires. Je crois cependant qu'on peut les concilier, en distinguant quel est le genre d'incompétence qui se fait remarquer dans le jugement.

S'il s'agit d'une incompétence personnelle, *a ratione personæ*, ou d'une incompétence *a ratione materiæ*, mais cependant dans un cas où le sentiment des parties a pu proroger la juridiction, alors l'opinion de d'Héricourt doit être suivie.

Mais s'il s'agit d'une incompétence telle que le consentement des parties n'a pu pro-

---

[1] Ferrières, Paris, art. 170, § 3, n° 6. Pothier, *Orléans*, titre 20, n° 16. Arrêt de la cour de cassation du 13 février 1809.

[2] Titre *des hyp.*, chap. 2, sect. 5, art. 29.

[3] Besançon, 12 août 1811. Rouen, 7 décembre 1812. Cass., 21 mai 1811. Grenier, n° 198.

[4] L'inscription prise en vertu d'un jugement du tribunal de commerce, rendu par défaut et non exécuté dans les six mois de son obtention, est radicalement nulle, et la péremption peut être opposée par un tiers détenteur comme par la partie condamnée. (Liége, 16 juin 1824.)

Un jugement par défaut sur une assignation viciée de nullité ne peut servir de titre à une inscription hypothécaire. Cette nullité peut être invoquée, non-seulement par le débiteur condamné, mais aussi par ses créanciers hypothécaires. (Liége, 4 décembre 1826.)

L'inscription prise en vertu d'un jugement par défaut *non signifié* est valable, si ce jugement a reçu son exécution dans les six mois de sa date. (Brux., 17 oct. 1816.)

Pour qu'une inscription hypothécaire puisse être prise en vertu d'un jugement par défaut, il ne faut pas qu'elle ait été précédée d'une signification dudit jugement à la partie condamnée ; ni qu'elle ait été accompagnée d'un certificat du greffier constatant qu'il n'existe pas d'opposition. L'inscription hypothécaire prise en vertu d'un tel jugement ne s'évanouit pas par cela seul qu'il y est fait opposition. Si le jugement n'a pas été annulé par celui sur opposition, mais seulement modifié, l'inscription prise en vertu du premier subsiste sous les modifications y apportées. (Brux., 14 juin 1828. *Voy.* Grenier, n°s 194 et suiv., et Carré, n° 661.)

L'hypothèque judiciaire résultant d'un jugement par défaut est acquise, dès l'instant de sa prononciation, à celui qui l'a obtenu, en sorte qu'il peut requérir une inscription en vertu de ce jugement, même avant qu'il ait été enregistré, expédié et signifié. (Riom, 6 mai 1809; Rouen, 7 déc. 1812; Brux., 13 déc. 1810; rejet, 21 mai 1811; Persil, art. 2123, n° 24; Duranton, n° 338; mais *voy.* Grenier, n° 194.)

Jugé qu'une inscription hypothécaire est valablement prise en vertu d'un jugement par défaut, avant l'expiration de la huitaine du jour de la signification du jugement. (Code civil, art. 2123; Code de proc., art. 155; Paris, 23 juillet 1840.)

[5] 6 mai 1809. 17 avril 1824.

[6] Pothier, *Orléans*, titre 20, n° 17. Si on laisse périmer le jugement par défaut, faute d'exécution dans les six mois, l'inscription est comme non avenue. (Brux., 6 mars 1822.)

[7] Sur Paris, *loc. cit.*, n° 5.

[8] *Vente des immeubles*, chap. 11, sect. 2, n° 30.

roger la juridiction, alors l'opinion de Ferrières est seule préférable.

Ceci toutefois demande des explications.

Deux individus consentent à procéder devant un tribunal qui n'est ni celui de leur domicile, ni celui de l'objet litigieux. Le juge était incompétent *ratione personæ*. Mais la volonté des parties a prorogé sa juridiction : il est devenu compétent, et nul doute que son jugement ne produise hypothèque.

A l'égard de la compétence *ratione materiæ*, on a coutume de dire qu'elle est d'ordre public, puisqu'elle tient à l'ordre des juridictions, et que la volonté des parties ne peut y déroger. Mais cette proposition, vraie en un sens, ne l'est pas dans tous les cas, et, pour apprécier l'étendue qu'elle doit avoir, il faut distinguer le juge dont la compétence est limitée *ad certam summam*, du juge dont la compétence est limitée *ad certum genus causarum*.

Quand le juge est délégué *ad certam summam*, c'est-à-dire quand il est institué pour juger des contestations qui ne s'élèvent pas au-dessus d'une certaine valeur, comme les juges municipaux chez les Romains et les juges de paix en France, la volonté des parties peut le rendre juge de sommes plus considérables. « Judex qui ad *certam summam* judicare jussus est, etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores convenіat. » L. 74, § 1; *de judiciis*, L. 28, Dig. *ad municip.* [1].

Ainsi, si les parties y consentent, le juge de paix pourra juger de sommes d'une valeur supérieure non-seulement à 150 francs, mais encore à mille francs, etc. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la cour de cassation, du 3 frimaire an 9, rapporté par Merlin (v° *Hypothèque*).

La raison en est (comme le dit Henrion de Pansey dans une note communiquée à Merlin et rapportée par ce dernier [2]) que le juge de paix devant qui les parties s'accordent à porter une demande à fin de payement de 300 francs, étant déjà investi du pouvoir de juger jusqu'à concurrence de la moitié de cette somme, a, par des attributions légales, le germe, le principe de l'autorité qui lui est nécessaire pour rendre un jugement sur le total : il suffit de développer un principe existant, et de proroger une juridiction légalement établie.

D'où il faut conclure que si le juge délégué *usque ad certam summam* est saisi, par le consentement des parties, d'une demande portant sur une somme supérieure, son jugement sera légal et devra porter hypothèque judiciaire.

Mais lorsque le juge est délégué *ad certum genus causarum*, comme un tribunal de commerce, un conseil de guerre, un tribunal criminel, un juge de paix en matière possessoire, la volonté des parties ne peut le rendre habile à juger tout ce qui sort de ce cercle; au delà, il n'est plus qu'une personne privée, et comme la loi seule peut créer une juridiction nouvelle, il s'ensuit que les parties ne peuvent lui soumettre leurs différends qu'à titre d'*arbitre*, et non pas à titre de juge. Autrement, ce ne serait pas proroger une juridiction, ce serait en établir une qui n'a aucun principe d'existence (Henrion et Merlin, *loc. cit.*).

Et puisque le juge seul peut rendre des jugements, puisque l'hypothèque ne peut dépendre de décisions rendues par des personnes sans caractère, il s'ensuit qu'un jugement infecté du vice d'incompétence dont je parle, serait inefficace pour la constitution de l'hypothèque judiciaire.

Ainsi, qu'un juge de paix rende un jugement au pétitoire, qu'un tribunal de commerce prononce sur des contestations qui ne se lient pas aux matières commerciales, ce seront des décisions arbitrales, si les parties s'en contentent; mais l'hypothèque ne pourra en découler.

A la vérité les décisions arbitrales donnent hypothèque judiciaire; mais ce n'est, comme on le verra tout à l'heure, qu'autant qu'elles sont homologuées par le juge [3].

446. Dans l'ancienne jurisprudence française, on tenait pour maxime que l'on pouvait demander la reconnaissance d'une écriture devant tout juge quelconque, pourvu qu'il ne fût pas juge ecclésiastique; c'est ce que l'on faisait résulter de l'art. 92 de l'ordonnance de 1539, et de l'art. 10 de l'ordonnance de Roussillon, de 1563. Basnage [4]

---

[1] Favre, *Code*, liv. 3, tit. 22, déf. 46. Papon, liv. 7, tit. 7, n° 32. Voet, *ad Pand.*, *de judiciis*, n° 85.

[2] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 835.

[3] On peut consulter sur cette question Merlin, *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 833, Grenier, n° 203, et Persil, *Rég. hyp.*, art. 2123, n° 3. Il semble que Dalloz ne goûte pas cette doctrine. Mais je la crois seule raisonnable.

[4] Normandie, art. 546. *Junge* Bourjon, t. 2, p. 534, n° 18. Lamoignon, tit. des *Act. pers. et hyp.*, art. 30 et suiv.

dit que les obligations sous seing privé peuvent être reconnues devant les juges consuls, bien qu'elles ne soient pas conçues pour marchandises ou fait de commerce; devant les maîtres des requêtes de l'hôtel, même devant les juges d'élection.

La raison de cette jurisprudence est que, dans le système suivi à cette époque, l'hypothèque s'attachait de plein droit à tout acte authentique, et qu'un acte privé devenait authentique dès qu'il était reconnu devant un officier quelconque.

Mais aujourd'hui il n'en est plus de même; la reconnaissance d'écriture faite par jugement ne peut produire hypothèque, qu'autant que le juge aurait été compétent pour condamner le débiteur à payer le montant du billet. Car un jugement qui tient pour reconnu un acte sous seing privé, prononce une véritable condamnation, et il ne peut y avoir de condamnation légale qu'autant qu'elle émane d'un juge ayant pouvoir de la loi.

Ainsi, dit Merlin [1], la reconnaissance faite d'un écrit privé devant une cour de justice criminelle, ou devant un conseil de guerre, ne peut pas être considérée, quant aux effets hypothécaires, comme une reconnaissance faite en jugement.

Mais cette reconnaissance pourrait, sans difficulté, se faire devant un juge de paix, quelle que fut la somme portée dans le billet, pourvu qu'il y eût *consentement des parties*. Car, de même que la volonté des parties peut le rendre juge de la demande à fin de payement de la somme, de même elle peut lui demander acte de la reconnaissance de la signature, qui n'est qu'un préliminaire pour arriver à la condamnation [2].

447. Les décisions de l'autorité administrative, rendues dans les limites du pouvoir des fonctionnaires dont elles émanent, confèrent l'hypothèque judiciaire, quand elles prononcent une condamnation [3].

Ainsi, sont accompagnés d'hypothèque judiciaire, les contraintes décernées par l'administration des douanes [4]; les ordonnances du roi, rendues en conseil d'État, sur des matières contentieuses; les arrêts des conseils de préfecture, d'où résulte une condamnation au profit d'un tiers ou de l'État, etc. [5].

Mais il ne faut pas assimiler à un jugement administratif une contrainte décernée par un receveur de l'enregistrement, bien que rendue exécutoire par le juge de paix. C'est si peu un jugement, qu'une simple opposition suffit pour mettre cet acte en litige devant les tribunaux ordinaires [6].

448. Toutes les fois qu'un juge de paix décide comme juge, et prononce des condamnations, ses sentences emportent hypothèque judiciaire.

Mais aux fonctions de juge, ce magistrat réunit celles de conciliateur. Alors ses pouvoirs changent avec son rôle. Il ne peut plus prononcer de condamnations, et les aveux et reconnaissances contenus dans un procès-verbal de conciliation n'ont d'autre force que celle des obligations privées [7], ils excluent l'existence de l'hypothèque judiciaire.

La question s'est offerte de savoir si le procès-verbal d'un juge de paix, devant qui un débiteur se présente volontairement pour reconnaître sa signature, et qui donne acte au créancier de cette reconnaissance, doit être considéré comme *jugement* ou comme *acte de conciliation*. Merlin pensait que, dans le doute, on devait se prononcer pour la validité de l'hypothèque; qu'ainsi, il fallait décider que c'était là un *jugement* rendu d'accord entre les parties, un jugement *convenu;* et que, quoique la somme reconnue excédât la compétence du juge de paix, on devait dire qu'il y avait eu prorogation de juridiction. Mais, par arrêt du 22 décembre 1806, la cour de cassation en décida autrement, et cassa le jugement qui avait déclaré que ce procès-verbal constituait un jugement.

En effet, le créancier n'avait pas requis *acte en jugement* de la reconnaissance du débiteur; rien ne prouvait qu'il eût *voulu proroger* la juridiction du juge de paix, ni même qu'il eût été présent à la reconnaissance.

[1] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 834. Dalloz n'approuve pas cette opinion.
[2] *Répert.*, *loc. cit.* Grenier, n° 203. Cass., 22 déc. 1806.
[3] Avis du conseil d'État des 29 oct. 1811 et 24 mars 1812. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 203. Grenier, n° 9.
[4] Avis précité de 1811. Loi de 1791, 16-22 août, titre 13, art. 23.
[5] Rouen, 22 mai 1818.
[6] Cass., 28 janvier 1828.
[7] Art. 54 du Code de procéd. civ., t. 7, p. 167. *Répert.*, v° *Hyp.*, sect. 2, § 2, art. 4. Grenier, n° 202. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 218, n° 2.

En général, cependant, de pareilles reconnaissances, faites devant un juge de paix par toutes les parties présentes et donnant leur consentement, doivent être considérées comme faites *en jugement*, et c'est ce qui a lieu dans la pratique [1].

449. Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

La raison en est que la sentence des arbitres n'est qu'un acte privé, tant qu'elle n'est pas homologuée [2]. On ne peut donc prendre inscription que lorsque le juge leur a donné la qualité d'acte de l'autorité publique et de jugement, au moyen de l'homologation [3].

450. J'ai dit ci-dessus, nº 443, que l'hypothèque est acquise du jour du jugement. Ce principe, consacré par notre article, sert à terminer une controverse qui partageait les anciens auteurs, et qui consistait à savoir si l'hypothèque, pour les dommages et intérêts et pour l'amende, occasionnés par un délit, doit dater du jour de la condamnation ou du jour de la perpétration du crime.

Les uns voulaient que, dès que le crime est commis, tous les biens du criminel soient obligés envers le fisc pour l'amende, et envers la partie pour ses intérêts civils [4].

D'autres voulaient que l'hypothèque ne commençât que du jour de la contestation en cause.

Mais la commune opinion était que l'hypothèque ne datait que du jour de la sentence [5].

En effet, il n'y a pas de doute que le criminel ne soit obligé, pour les amendes et les intérêts civils, du jour du délit; mais ce n'est qu'une obligation personnelle qui ne produit pas d'hypothèque sur les biens. L'hypothèque ne peut donc résulter que de la sentence, qui fixe la quotité des dommages et intérêts et de l'amende.

C'est ce qui fut reconnu par une déclaration du roi, du 13 juillet 1700, rapportée par Ferrières.

451. Je dois parler maintenant des jugements rendus par des tribunaux étrangers.

Suivant notre article, l'hypothèque ne peut résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. Pour éclaircir cette matière, il faut distinguer trois cas : ou le jugement a été rendu entre Français; ou il a été rendu entre un Français et un étranger; ou bien entre deux étrangers.

Lorsque le jugement a été rendu entre Français, on ne conteste plus aujourd'hui ce point de droit public, savoir : que les tribunaux français ne doivent déclarer un jugement rendu par des juges étrangers, exécutoire, qu'après examen et connaissance de cause. C'est à eux à juger de la légitimité de l'exécution, et à voir si elle contrarierait les lois de la France et les droits du souverain [6].

L'ordonnance de 1629 portait ce qui suit :

Art. 121. « Nonobstant les jugements » rendus en pays étrangers, nos sujets contre lesquels ils ont été rendus pourront de » nouveau débattre leurs droits comme en» tiers devant nos tribunaux. »

On concluait de cet article que, dans aucun cas, les jugements rendus contre un Français, en pays étranger, ne pouvaient être revêtus, en France, d'un *pareatis;* qu'ils étaient considérés comme non existants; qu'on ne pouvait en faire aucun usage, et qu'il fallait venir par action nouvelle.

Mais notre article est rédigé d'une manière toute différente de l'ordonnance de 1629. Il suppose qu'on doit toujours s'adresser au tribunal français, non par une nouvelle action, mais pour faire rendre le jugement exécutoire, c'est-à-dire pour le faire revêtir d'un *pareatis*. Seulement ce *pareatis* ne peut être octroyé qu'après avoir pris

---

[1] *Sic*, Merlin, *Répert.*, vº *Hyp.*, p. 835 et suiv. Grenier, nºˢ 202. *Contra*, Persil, *Rég. hyp.*, art. 2123, nº 5.

[2] Despeisses, part. 3, sect. 3, nºˢ 12. Pothier, *Hyp. Quest. de droit* de Merlin, vº *Hyp.* Grenier, nº 203. Dalloz, vº *Hyp.*, t. 17, p. 204. Cass., 25 prairial an 2. Dalloz, vº *Arbitrage*, t. 2, p. 430.

[3] Les notaires ne peuvent prendre inscription en vertu des exécutoires qu'ils obtiennent pour le remboursement des droits qu'ils ont avancés. Ces exécutoires ne peuvent avoir, au profit des notaires, l'effet des contraintes au profit de l'État. Il faut un jugement, ne fût-il que du juge de paix. (*J. de l'Enreg.*, nº 7443.)

[4] D'Argentrée sur Bretagne, art. 188, glose 2, nº 2. Tiraq., *de retract. conv.*, § 5, glose 4, nºˢ 1 et suiv.

[5] Guy-Pape, p. 333. Leprestre, cent. 1, chap. 41. Ferrières, Paris, art. 160, § 3, nº 11.

[6] Grenier, nºˢ 207 et 208. Merlin, *Quest. de droit*, vº *Réunion*. Dalloz, vº *Droits civils*, t. 12, p. 110.

connaissance de la justice et de la régularité du jugement.

Il suit de là que le jugement rendu en pays étranger entre Français, ne peut produire l'hypothèque en France, qu'autant qu'un tribunal français l'a rendu exécutoire, après examen [1].

§. Lorsque le jugement a été rendu entre un Français et un étranger, il y en a qui distinguent si le Français a été demandeur ou défendeur.

S'il a été demandeur, Boullenois [2] soutient, contre la lettre de l'ordonnance de 1629, que le Français ne peut plus demander la révision [3]. Mais son opinion n'a jamais eu de fondement ni de créance, comme le prouve Merlin [4] par une foule d'autorités. L'indépendance des États veut, en effet, qu'un jugement émané de juges étrangers n'ait aucune force en France, où toute justice émane du roi.

Mais ici se présente une question; l'on demande si cette faculté de demander la révision peut être seulement demandée par les sujets du roi qui y ont été parties, ou bien si elle est aussi ouverte à l'étranger qui a plaidé contre un Français.

Autrefois on pensait que le droit de faire rejuger la contestation appartenait au seul Français. C'est ce qu'on faisait résulter de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629. Telle était l'opinion du chancelier d'Aguesseau, et de tous les auteurs qui ont écrit avant les lois nouvelles [5].

Même depuis le Code civil, beaucoup d'auteurs très-graves ont énoncé le même principe [6]. Mais depuis, la question s'étant présentée à la cour de cassation, et y ayant

---

[1] Cette matière n'est pas exempte de difficultés dans la pratique. Ce n'est pas une action nouvelle qu'il faut introduire, dit Troplong, et nous le croyons aussi; d'où résulte que le tribunal doit être saisi de la demande d'exécutoire, sur requête. Ce qui suppose aussi qu'il n'y a pas lieu à appeler la partie, et que l'exécutoire peut être octroyé *inaudita parte*. Cependant Troplong veut que le tribunal ne l'accorde qu'après examen, *cognita causa*: dès lors la partie devrait être en cause, et la demande ne serait plus réellement qu'une action nouvelle.

Il faut sauver ces contradictions par une explication plus nette. D'abord le mot *pareatis* est impropre ici. Aucun juge, aucun tribunal ne pourrait, sans blesser la prérogative de souveraineté et l'indépendance politique de l'État, ordonner un *pareatis* à un acte de souveraineté étrangère, à moins qu'un traité politique formel entre les deux États n'en fît une stipulation réciproque. Remarquez bien que lorsqu'un tribunal déclare exécutoire, et il ne peut faire que cela, un jugement rendu à l'étranger, ce n'est pas à l'autorité qui a rendu ce jugement qu'il prescrit obéissance, c'est à la puissance propre dont il émane, qu'il ordonne de se soumettre, car il n'emploie que la formule exécutoire du souverain au nom duquel il porte ses sentences. Le *pareatis* est tout autre chose, il laisse subsister, dans toute sa force, le sceau et la volonté de la puissance étrangère. Cette première distinction est importante. L'art. 547 du Code de procéd. la justifie pleinement.

Est-il vrai d'une manière absolue, qu'un tribunal ne peut ordonner l'*exequatur* d'un jugement rendu à l'étranger, qu'après examen, comme le dit Troplong? Nous pensons au contraire qu'il est laissé à la prudence du juge de l'omettre ou de le prendre. Voilà pourquoi la demande d'exécutoire doit se faire d'abord par requête. Si le tribunal n'ordonne pas de suite l'exécutoire et croit devoir informer, il ordonnera la mise en cause de la partie qui devra être assignée pour être entendue; car il n'y a pas d'examen légitime de cause, à moins que les parties ne soient entendues ou appelées. La loi n'interdit pas au tribunal d'indaguer même dans le fond du procès jugé, s'il le trouve convenable; mais il peut s'en abstenir aussi et borner son examen à la forme; or cette question de forme et de régularité du jugement et de la procédure qui l'a amené, la partie y est intéressée, et dès lors quand le juge ordonne préparatoirement information sur ce point, il doit entendre les moyens qu'elle peut avoir à lui présenter.

C'est une matière dans laquelle le ministère public doit nécessairement être entendu aussi, parce qu'elle appartient essentiellement à l'ordre public.

Dans tous les cas et de quelque manière que le tribunal trouve bon de procéder, s'il n'accorde pas l'exécutoire, il ne peut cependant pas statuer *a priori* sur le fond, à moins qu'il n'ait été simultanément saisi du fond par des conclusions respectives formelles des parties, parce que sans cela il n'aurait été saisi que de la demande d'*exequatur*, sur laquelle seule il avait à statuer.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] T. 1, p. 646, *Traité des statuts*.

[3] Ce n'est pas à une *révision* que peut donner lieu le jugement rendu à l'étranger et dont on demande l'*exequatur*. Le droit de révision n'existe plus; et quand il existait, il n'avait lieu qu'au sujet de sentences rendues dans le territoire de la souveraineté, tout comme les remèdes extraordinaires de tierce opposition et de requête civile qui y suppléent aujourd'hui. C'est encore une de ces expressions impropres qui induisent en erreur. La demande d'*exequatur* n'autorise pas une demande en révision. Et l'opposition de la partie, non plus que la faculté qu'a le tribunal d'examiner le fond pour s'éclairer sur l'opportunité d'accorder l'*exequatur*, ne constituent une révision. *Voy.* la note précédente. C'est confondre des matières et des sujets distincts. Un jugement étranger n'est pas un acte d'autorité dans le pays où on en demande l'*exequatur*. Le remède de révision n'y a jamais été applicable ni nécessaire pour lui ôter une autorité qu'il n'aurait pas. La révision n'a jamais été qu'un moyen extraordinaire de se pourvoir contre une sentence qu'il n'y avait plus moyen de faire réformer par les voies ordinaires. Elle suppose donc que le caractère de la puissance publique y est attaché d'une manière indestructible jusque-là.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[4] *Quest. de droit*, v° *Jugement*.

[5] Julien, *Statuts de Provence*, t. 2, p. 442. Boniface, t. 3, liv. 1, tit. 1, chap. 4. Boullenois, *Statuts réels*, t. 606.

[6] Maleville, art. 2123, du Code civil, t. 2, p. 304. Pigeau, p. 36. Berriat, liv. 3, sect. 2. Carré, t. 2, p. 179. Merlin, *Répert.*, v° *Jugement*, § 2, et v° *Souveraineté*, § 6.

été discutée avec profondeur, il a été jugé que la révision peut être demandée par l'étranger comme par le Français [1]. En effet, les termes de notre article sont si généraux, qu'ils ne paraissent comporter aucune exception.

D'ailleurs, comme on le disait dans une consultation distribuée par Grappe, Darrieux, Tripier et Billecocq, le législateur ne considère nullement les qualités accidentelles des parties qui ont figuré au procès : il ne considère que l'extranéité du pouvoir dont le jugement est l'ouvrage. Merlin, d'abord partisan de la première opinion, l'a abandonnée pour adopter la nouvelle opinion de la cour suprême.

§. Si le jugement a été rendu entre étrangers, par les juges d'une puissance étrangère, et qu'on veuille l'exécuter en France, ou sur des biens situés en France, on pourra également demander la révision. Car, si un étranger peut la solliciter contre un Français, à plus forte raison peut-il la réclamer contre un étranger.

Autrefois, les tribunaux français donnaient un simple *pareatis, sans connaissance de cause.* Ils se fondaient sur ce que l'ordonnance de 1629 ne parlait, dans son art. 121, que des sujets du roi. Aussi dans une affaire où il s'agissait de l'application de cette ordonnance, la cour de cassation a-t-elle décidé, par un arrêt du 7 janvier 1806 [2], la question dans un sens conforme à cette opinion. Mais notre article a introduit un droit nouveau, ainsi qu'on vient de le voir par l'arrêt de la cour de cassation du 19 avril 1819 ; et la difficulté s'étant reproduite sous le Code civil, entre deux étrangers, la cour de cassation s'est prononcée pour la révision, par un arrêt du 14 juillet 1825, et a décidé que la cour d'Aix avait pu refuser le *pareatis* qu'on lui demandait.

452. Les jugements rendus par nos consuls dans les lieux où il s'en trouve d'établis, sont bien, si l'on veut, des jugements rendus en pays étranger ; mais comme ils émanent d'un officier français, on doit les assimiler aux jugements rendus en France [3].

453. Si un jugement était rendu par des arbitres, en pays étranger, entre un Français et un aubain, il n'y aurait pas lieu à révision ; il faudrait seulement demander au tribunal français le *pareatis.* On en sent facilement la raison. Le juge arbitre est du choix des parties. Ce n'est pas comme homme revêtu d'une autorité publique qu'il a prononcé, mais comme homme sage. Il n'a fait que remplir le mandat des parties [4].

A proprement parler, l'arbitre n'est pas un juge. Horum *proprie judicium non est*, dit Cujas [5]. Ainsi sa décision doit être tirée de

---

[1] 19 avril 1819. Dalloz, v° *Droits civils*, t. 12, p. 125. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Jugement.* Grenier, n° 208.

[2] *Répert.*, v° *Jugement*, § 8. Dalloz, v° *Droits civils*, t. 12, p. 115.

[3] D'Héricourt, *Vente des immeubles*, chap. 2, sect. 2, n° 30. Persil, *Quest.*, t. 1, p. 282.

[4] D'après les notes sur le n° 451, *supra*, ce n'est pas de révision, d'abord, qu'il peut s'agir ici. Ensuite il s'en faut bien qu'il suffise de demander au tribunal français le *pareatis*. Où est le texte de loi qui autoriserait un tribunal français quelconque à accorder un *pareatis* même à un jugement arbitral qui serait rendu dans le pays ? Il n'en existe pas ; au contraire. Ou l'arbitrage est compromissoire, ou il est forcé. Dans le premier cas, le Code de procédure dit comment il peut devenir exécutoire. « Le jugement est rendu exécutoire, dit l'art. 1020, par *une ordonnance du président du tribunal de première instance, dans le ressort duquel il est rendu ;* à cet effet la minute du jugement sera déposée, dans les trois jours, par l'un des arbitres au greffe du tribunal. » S'il est forcé, c'est l'art. 61 du Code de commerce qui prescrit le mode de son exécutoire. « Il est déposé au greffe du tribunal de commerce. Il est rendu exécutoire sans aucune modification et transcrit sur les registres, en *vertu d'une ordonnance du président*, lequel est tenu de la rendre pure est simple, et dans le délai de trois jours du dépôt au greffe. »

Impossible d'appliquer ces dispositions aux jugements arbitraux venant de l'étranger.

Que faut-il donc pour qu'on puisse obtenir l'*exequatur* d'une pareille sentence ? Il faut avant tout que le jugement des arbitres ait acquis à l'étranger la forme d'authenticité requise, par l'affixion de la formule de puissance publique observée pour les jugements dans ce pays. Par exemple, un jugement d'arbitres rendu à Paris ne pourra devenir l'objet d'un *exequatur* à Bruxelles, qu'après que les formalités requises ci-dessus auront été remplies à Paris et qu'il en conste par une expédition en bonne forme, aux termes de la loi française. C'est alors que le tribunal de Bruxelles pourra y octroyer son *exequatur,* mais, encore une fois, pas de *pareatis.* Remarquez aussi qu'il n'y a que le tribunal civil qui peut l'accorder, quand même l'homologation de Paris émanerait du président du tribunal de commerce ; et ceci achève de démontrer que ce n'est pas tant la décision des arbitres, que l'acte public d'homologation de la puissance étrangère qui est l'objet de l'*exequatur.* Du reste, nous sommes d'accord que dans le cas de jugement arbitral, surtout s'il est compromissoire, le tribunal n'a pas à informer sur le fond, quoiqu'il puisse refuser ou accorder l'*exequatur* suivant qu'il le juge opportun. Mais si le jugement arbitral était forcé, il en serait autrement ; il pourrait informer sur le fond, s'il le voulait, avant d'accorder ou de refuser, quoique dans aucun cas ce ne soit pour le tribunal une obligation de le faire. (*Note de l'éditeur belge.*)

[5] Sur la loi 1, Dig. *de recept.*

la classe des jugements proprement dits, et il ne reste qu'un arbitrage, qui n'a besoin, pour être exécuté, que du *pareatis*. Peu importe qu'il ait été rendu par des étrangers. Rien n'empêche qu'un étranger ne soit amiable compositeur [1].

454. Les principes qui s'opposent à ce qu'un jugement rendu par un tribunal étranger puisse recevoir exécution en France, cessent tout à fait lorsqu'il y a des conventions contraires dans les traités.

Par les traités conclus entre la France et le corps Helvétique le 1er juin 1658, le 28 mai 1777 et le 2 fructidor an 6, il a été convenu que les jugements définitifs, *en matière civile,* ayant force de chose jugée, et rendus par les tribunaux français, seront exécutoires en Suisse, *et réciproquement*, après qu'ils auront été légalisés par les envoyés respectifs [2].

Le traité du 24 mars 1760 entre la France et les États du roi de Sardaigne porte ce qui suit, art. 22.

« Pour étendre la réciprocité qui doit former le nœud de cette correspondance aux matières contractuelles et judiciaires, il est encore convenu : 1° que de la même manière que les hypothèques, établies en France par actes publics ou judiciaires, sont admises dans les tribunaux de S. M. le roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard, dans les tribunaux de France, pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir par contrats publics, par ordonnances, ou jugements, dans les États de S. M. le roi de Sardaigne; 2° que pour favoriser l'exécution réciproque des arrêts ou jugements, les cours suprêmes déféreraient, de part et d'autre, *à la forme du droit,* aux réquisitions qui leur seront adressées à ces fins, même sous le nom desdites cours; enfin que, pour être admis en jugement, les sujets respectifs ne seront tenus, de part et d'autre, qu'aux mêmes cautions et formalités qui s'exigent de ceux du propre ressort, suivant l'usage de chaque tribunal [3]. »

Deux questions se sont présentées sur cette convention.

La première est de savoir si elle est encore en vigueur : dans une consultation délibérée par Jouhaud, Tripier, et Dupin, il a été soutenu que le traité de 1760 avait été anéanti par la conquête, et que ses dispositions ne pourraient être invoquées qu'autant qu'une convention nouvelle les aurait fait revivre. Car, disaient Grotius [4] et Puffendorf [5], « Fœdus tacite renovatum intelligi non debet; non enim facile præsumitur nova obligatio. » Or, d'après l'art. 1er de la loi du 1er mars 1793, tout traité d'alliance ou de commerce existant entre l'ancien gouvernement français et les puissances avec lesquelles la république était en guerre, ayant été annulé, le traité de 1760 s'est trouvé compris dans l'abrogation. Depuis 1793 aucune convention entre la France et le Piémont n'a renouvelé les dispositions de celui de 1760. Les deux peuples, disent les avocats consultants, rentrent donc dans les termes du droit commun.

Cette opinion ne manque pas de vraisemblance [6]; néanmoins la cour de cassation, devant qui elle fut proposée, dans l'affaire du sieur Ricardi contre sa femme, a évité de se prononcer sur ce point, et a décidé la contestation par d'autres motifs.

La deuxième difficulté à laquelle a donné lieu le traité de 1760, c'est de savoir si, en supposant qu'on doive le considérer encore comme subsistant, les tribunaux français conservent le droit d'examen des jugements rendus par les tribunaux piémontais et sardes?

L'affirmative a été décidée par un arrêt de la cour d'Aix du 12 août 1824, confirmé ensuite par un arrêt de la section des requêtes du 14 juillet 1825.

La cour de Grenoble a également décidé, par arrêt du 9 janvier 1826, que les tribunaux français conservent le droit d'examen, et elle en a usé pour refuser l'exécution d'un jugement rendu par le juge mage de Chambéry.

En effet, l'art. 23 de la convention de 1760 dit que, pour favoriser l'exécution des jugements, les tribunaux des deux nations déféreront réciproquement *à la forme de*

[1] L. 8, C. *de judœis*. Mourre, Req. à la cour de Paris. Arrêt de cette cour du 16 déc. 1809. *Quest. de droit*, v° *Jugement*, p. 39. Grenier, n° 213. Dalloz, v° *Arbitrage*, t. 2, p. 431.

[2] *Répert.*, v° *Jugement*, § 8, et *Quest. de droit*, v° *Jugement*, p. 21.

[3] Code diplom.

[4] Liv. 2, chap 15, § 14.

[5] Liv. 8, chap. 9, § 11.

[6] Vattel, liv. 2, § 202, dit que lorsqu'un État est subjugué, tous ses traités périssent avec la puissance qui les avait contractés.

droit, aux réquisitions qui leur seront adressées aux fins d'exécution. De là suit, d'un côté, la nécessité de lettres rogatoires de la part des tribunaux sardes, et de l'autre l'obligation aux cours auxquelles elles sont présentées, de n'y déférer qu'à la forme de droit, c'est-à-dire qu'autant que l'exécution qu'on veut obtenir en France n'a rien de contraire aux lois du royaume et à notre droit public. Si l'on avait voulu que les jugements d'un pays fussent exécutoires dans l'autre, on n'aurait pas exigé l'intervention de leurs tribunaux pour n'accorder l'exécution qu'*à la forme de droit*. Ainsi on ne peut prendre inscription hypothécaire en France, en vertu d'un jugement sarde, qu'autant qu'un tribunal français a donné pouvoir de l'exécuter.

455. Les événements qui se sont passés sous nos yeux, depuis plus de trente ans, ont amené tant de bouleversements d'États, tant de démembrements ou de conquêtes; nous avons vu tant de tribunaux étrangers qui sont devenus français, puis redevenus étrangers, que l'influence de leurs jugements présente une source de difficultés nombreuses qu'il convient d'aplanir.

456. Et d'abord, un jugement rendu par un tribunal français, entre un Français et un étranger, devient-il exécutoire de plein droit contre cet étranger, si son pays est ensuite réuni au territoire français?

Cette question s'est présentée à la cour de cassation. La dame *de Champigny*, Française, avait obtenu deux arrêts du parlement de Paris portant condamnation à différentes sommes contre la famille *Selys*, de Liége. La dame de Champigny avait vainement cherché à procurer dans le pays liégeois l'exécution de ces jugements. En l'an 7, lorsque ce pays fut réuni à la France, elle pensa que ses tentatives auraient plus de succès, prétendant que, les deux pays étant fondus en un seul, il n'y avait plus de barrières ni d'obstacles à l'exécution des arrêts dont elle se prévalait. Après avoir successivement échoué devant le tribunal de première instance et devant la cour de Liége, elle se pourvut en cassation : mais ses efforts ne furent pas plus heureux, et, sur les conclusions de Merlin, il fut décidé, par arrêt du 18 thermidor an 12, que la réunion n'avait pu nuire aux habitants de Liége, qu'elle n'avait pu modifier leurs droits, en un mot, qu'ils avaient été réunis avec *leurs droits, leurs actions et leurs exceptions* [1].

457. Je viens d'examiner la thèse à l'égard d'un étranger; il est évident, par raison de réciprocité, que si un Français était frappé d'un jugement en pays étranger, la réunion de ce pays à la France ne le priverait pas du droit de faire rejuger la chose en France; car ses droits et ses exceptions sont restés les mêmes.

458. Si un étranger a obtenu un jugement contre un Français, à l'époque où le tribunal qui a prononcé la condamnation était réuni à la France, la séparation qui a été opérée depuis n'a pu faire disparaître ni ce jugement ni ses effets hypothécaires. En effet, lorsque la séparation s'est opérée, elle ne s'est faite que sous la réserve de tous les droits acquis, et de toutes les actions et exceptions des particuliers, par cette grande raison, que les changements survenus relativement au lien politique des deux pays peuvent bien changer les droits de souveraineté, mais nullement les droits des citoyens [2].

C'est pourquoi je vois beaucoup de difficultés dans un arrêt de la cour de Paris du 29 mars 1817, qui décide qu'un arrêt rendu le 20 juillet 1812, au profit du marquis de Crouza contre la duchesse de Mortemart, par la cour impériale de Gênes, qui faisait alors partie du territoire français, ne peut recevoir d'exécution en France depuis la séparation de Gênes et sa réunion au Piémont. L'arrêt se fonde sur ce que, par l'effet de ce démembrement, Gênes est devenue étrangère à la France, et que les jugements rendus par la ci-devant cour impériale ne peuvent s'exécuter que dans le pays génois et au nom du souverain de Gênes; qu'ils ne peuvent par conséquent s'exécuter sur les terres de la domination de France, et qu'il faut venir par nouvelle action [3].

Le jugement du tribunal de la Seine, qui

[1] *Quest. de droit*, v° *Réunion*. Grenier, n° 218.

[2] Grenier, n° 220.

[3] Cet arrêt, quoi qu'en dise Troplong, est conforme aux vrais principes, quand il décide que l'arrêt rendu à Gênes, pendant la réunion à la France, ne pouvait plus s'exécuter en France, après la séparation, sans auparavant être revêtu de l'*exequatur* de l'autorité française depuis la séparation. Car ce n'est jamais qu'au nom de la souveraineté actuelle du territoire que peut s'y poursuivre l'exécution des actes de justice. A la vérité, ce n'est pas précisément le cas de l'art. 546 du Code de procéd., car on ne peut pas dire que l'arrêt de Gênes ne fut pas

avait embrassé un système contraire, me paraît bien préférable, et c'est peut-être le cas de dire, avec Ulpien : « Nonnunquam » (usus appellandi) bene latas sententias in » pejus reformat [1]. » En effet, la cour de Gênes était cour française lorsqu'elle a rendu son jugement. Le pays génois avait été incorporé au territoire français par ce genre d'accession dont parle Grotius [2], « Idemque censendum de regnis quæ non » fœdere, aut eo duntaxat quod regem com- » munem habeant, *sed vera unitate jungun-* » *tur.* » Le jugement a dû, par conséquent, avoir force d'exécution en France. La séparation n'a pu enlever au marquis de Crouza ce droit acquis.

Dira-t-on qu'il y a quelque chose d'extraordinaire à mettre, en tête d'un arrêt de la cour de Gênes, le *mandons et ordonnons* au nom du roi.

Mais à l'époque où le jugement a été rendu, Gênes n'était-elle pas française? Ne sont-ce pas des juges français qui ont prononcé? Le roi des Français doit donc le faire exécuter en son nom; il est de son domaine; et si cet arrêt a été rendu par une cour française, il ne faut pas le traiter comme un arrêt étranger.

On disait, dans l'intérêt de la dame de Mortemart, que si on voulait faire exécuter le jugement en France, il n'y aurait pas de juge compétent pour statuer sur les difficultés de l'exécution; car la connaissance de l'exécution appartient au juge qui a connu du jugement, c'est-à-dire à un juge devenu génois (art. 472 du Code de procédure criminelle).

Cette objection est sans doute considérable; mais on peut dire que, lorsque la loi renvoie pour l'exécution aux juges qui ont rendu la décision, elle suppose qu'ils sont toujours restés les juges des parties.

Grenier [3] voit les mêmes inconvénients que moi sur cet arrêt de la cour de Paris, et je me plais à dire que son opinion n'a pas peu contribué à me confirmer dans celle que j'ai énoncée, et que j'ai vu suivre en Corse, pour l'exécution d'un arrêt rendu par la cour de Florence, alors que la Toscane faisait partie intégrante du territoire français. Au surplus, je ne dois pas laisser ignorer un fait dont on pourra peut-être argumenter contre l'opinion de Grenier et la mienne : c'est que madame de Mortemart, s'étant pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour de Gênes, son pourvoi fut rejeté, *parce que*, dit la cour de cassation, *le pays génois était désormais étranger à la France.*

459. Lorsqu'un pays est occupé par l'ennemi, qu'il y établit des tribunaux et y fait rendre la justice, les arrêts rendus par ces tribunaux ont la même force que s'ils étaient émanés des juges institués par le souverain légitime : on ne doit donc pas les considérer comme émanés de tribunaux étrangers, ils doivent produire hypothèque de plein droit, et sans aucune révision ou examen préalable; c'est ce qui a été jugé par différents arrêts.

La premier est de la cour royale de Bordeaux, en date du 24 janvier 1820.

La colonie française de Sainte-Lucie, longtemps avant sa cession à l'Angleterre, par le traité du 30 mai 1814, avait été occupée par les Anglais qui y avaient établi des magistrats. Un jugement ayant été rendu, le 1er août 1812, par le sénéchal de Sainte-Lucie, nommé par les Anglais, celui qui avait obtenu gain de cause voulut, en 1816, poursuivre en France l'exécution de cette sentence. Mais on lui opposa que le jugement émanait d'un tribunal étranger. Sur ce différend, la cour de Bordeaux pensa que la colonie de Sainte-Lucie, quoique occupée

---

rendu par un tribunal français, ce n'est que sa formule exécutoire qui n'était plus française; c'est un simple acte de chancellerie qui devait y substituer la formule nouvelle de la souveraineté de France. Ce n'est pas là l'objet de l'art. 2123. Nous avons eu le cas en Belgique depuis 1830. Les jugements qui étaient exécutoires sous la formule de la souveraineté du royaume des Pays-Bas ont dû être déclarés exécutoires successivement au nom du gouvernement provisoire, au nom du Régent, au nom du Roi des Belges en vertu d'un simple acte de chancellerie, dont l'annexe a été déléguée aux présidents des tribunaux civils, sans devoir recourir aux tribunaux à fin d'*exequatur*, comme il le faut dans le cas de jugements rendus à l'étranger. La différence est palpable. Mais l'arrêt de la cour de Paris pèche gravement en un autre point; c'est que non-seulement il ordonne la discontinuation des poursuites commencées en vertu de l'arrêt de Gênes dépourvu de la formule exécutoire française actuelle; mais qu'il décharge la partie condamnée des condamnations prononcées à sa charge par cet arrêt, sauf au poursuivant à se pourvoir, s'il le juge à propos, par action nouvelle, devant le tribunal français compétent. Car il est évident qu'il y avait chose jugée par le seul tribunal qui fût compétent pendant la réunion à la France, et que le bénéfice en restait définitivement acquis au poursuivant.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] L. 1, Dig. *de appellat.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 544.

[2] *De jure pacis et belli*, lib. 3, cap. 8, nº 2, et cap. 15, nº 3.

[3] T. 1, nº 221.

par les Anglais, avait dû être comptée au nombre des colonies françaises jusqu'à la cession faite par le roi de France, son légitime souverain; que, la cession étant postérieure à la sentence, il s'ensuivait que celle-ci émanait d'un tribunal français, et pouvait, par conséquent, recevoir exécution en France.

En effet, les jugements qui sont rendus pendant l'occupation doivent avoir la même force que s'ils eussent été rendus par l'autorité légitime, les peuples ne pouvant pas se passer de justice [1].

Le second a été rendu par la cour royale de Corse, sous la présidence de M. le chevalier Mézard. Il s'agissait de savoir si les jugements rendus par les tribunaux anglo-corses, pendant l'occupation de la Corse par les Anglais en 1794, pouvaient recevoir exécution en France, depuis l'évacuation opérée par les Anglais en 1796. Malgré une lettre de Merlin, alors ministre de la justice, qui décidait que ces jugements devaient être considérés comme non avenus, la cour pensa que rien ne pouvait les empêcher de produire tout leur effet. Je regrette de n'avoir pas entre les mains le texte de cet arrêt, qui a été rédigé par M. Mézard avec une force de pensées et de style qui se fait remarquer dans tout ce qui sort de la plume de ce magistrat.

La question a été jugée encore à Bastia, et dans le même sens, par arrêt du 3 janvier 1824. Le pourvoi contre cet arrêt, auquel le premier avait préparé les voies, a été rejeté par un arrêt de la cour de cassation du 6 avril 1826, dont voici les motifs :

« Attendu qu'on ne peut assimiler les ju- » gements prononcés entre des nationaux, » *inter incolas,* par les juges locaux d'un pays » accidentellement soumis aux armes d'une » puissance qui l'a conquis, aux jugements » rendus en pays étranger contre des étran- » gers, *advenas,* ou contre des Français y » résidant, lesquels, sans sanction en France, » ne peuvent y être exécutés que de l'auto- » rité des tribunaux français;

» Attendu qu'une coutume aussi univer- » selle qu'ancienne chez les peuples civili- » sés, et devenue une maxime incontestable » du droit des gens, c'est que les faits, les » actes, les contrats, les jugements interve- » nus entre les habitants pendant l'occupa- » tion d'un pays conquis, et revêtus du » sceau de l'autorité publique (qui n'est ja- » mais censée défaillir dans les sociétés hu- » maines) restent obligatoires, et sont exé- » cutoires après la retraite du conquérant, » comme ceux intervenus avant la conquête, » à moins qu'il n'ait été contrairement sti- » pulé par des traités, ou que, par des lois » formelles, il n'ait été dérogé à l'usage » consacré par le droit public de l'Europe;

» Attendu qu'une lettre ministérielle, qui » rappelait une décision inauthentique du » gouvernement de l'an 4, sous le prétexte » d'interprétation de la déclaration d'indi- » visibilité du territoire de la république, » écrite dans la constitution de l'an 3, ne » pouvait (comme l'ont remarqué les juges » de la cause) intervertir ou abroger des » principes admis depuis des siècles par le » suffrage unanime des nations, dans l'inté- » rêt et pour la conservation de l'ordre so- » cial. »

Enfin, cette jurisprudence a reçu une nouvelle sanction par un arrêt de la cour de cassation du 13 juin 1826, qui décide que les actes faits à la Guadeloupe, pendant l'occupation, en vertu de l'ordonnance anglaise du 22 septembre 1810, sont valables.

459 *bis*. Quel est l'effet hypothécaire d'un jugement obtenu par un créancier chirographaire, contre la succession de son débiteur? Pour résoudre cette question, il faut distinguer. Si la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ou si elle demeure vacante, il est alors certain qu'un créancier chirographaire ne peut pas obtenir contre elle des jugements portant hypothèque [2]. La raison en est que, dans l'un et l'autre cas, l'héritier bénéficiaire et le curateur ne sont pas personnes légitimes pour grever la succession d'hypothèques conventionnelles, et que les jugements obtenus contre eux ne peuvent produire plus d'effets que la convention [3]. D'ailleurs, la vacance de la suc-

[1] D'ailleurs l'occupation militaire ne soustrait pas un pays à son légitime souverain. Vattel, liv. 3, chap. 13, § 197. Sainte-Lucie était donc restée, de droit, pays français.

[2] Art. 2146 du Code civil.

[3] Cette raison n'est pas la véritable. Il en résulterait qu'il faudrait refuser toujours l'inscription d'une hypothèque judiciaire à charge des biens d'un mineur; par exemple, aussi dans le cas où l'objet du jugement est une créance mobilière à laquelle le tuteur pouvait défendre sans l'autorisation du conseil de famille, quoiqu'il ne puisse consentir d'hypothèque conventionnelle sans cette autorisation ; or, cela n'est pas vrai. Il faut dire que la raison de la disposition de l'art. 2146 est que la faillite et

cession, et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, font présumer qu'il y a déconfiture; et il est de règle que, dans ce cas, les droits des créanciers restent tels qu'ils étaient à la mort du débiteur, et que l'un ne peut acquérir sur l'autre des garanties qu'il n'avait pas avant le décès.

Mais il en est autrement si la succession est acceptée purement et simplement. Il y a alors un ou plusieurs héritiers qui représentent le défunt; ils peuvent être actionnés pour leur part et portion; l'hypothèque judiciaire frappe sur les biens qu'ils amendent de la succession et sur leurs biens personnels [1].

Je croyais cette opinion incontestable, lorsque j'ai vu que Grenier, se fondant sur un arrêt de la cour de cassation du 19 février 1818 [2], a soutenu qu'un créancier, chirographaire au moment du décès de son débiteur, ne pouvait acquérir d'hypothèque, au préjudice des autres créanciers chirographaires, sur les biens de la succession échus aux héritiers purs et simples. Grenier convient bien qu'on peut obtenir des jugements portant hypothèque sur les biens personnels des héritiers, mais non pas sur les biens héréditaires. Et il invoque, à l'appui de son sentiment Denizart (v° *Hypothèque*, n°s 45 et 46), qui dit que, *le droit des uns et des autres s'étant trouvé égal au moment de la mort du débiteur commun*, l'antériorité ou postériorité des condamnations ne change point leurs qualités de chirographaires.

J'avoue qu'il m'est impossible de comprendre une doctrine exposée d'une manière si incomplète. Par l'acceptation de l'hérédité les héritiers purs et simples ont appréhendé chacun une part et portion virile, qui est entrée dans leur patrimoine et a fait confusion avec leurs biens propres. Les condamnations obtenues contre eux (pour leur part et portion seulement) par l'un des créanciers chirographaires du défunt, ont rendu ce dernier créancier personnel de chacun des héritiers; et qu'on ne dise pas qu'il a acquis *sur la succession* des droits qu'il n'avait pas auparavant; ce n'est plus de la succession qu'il est créancier, c'est de chacun des héritiers purs et simples. Dès lors son hypothèque judiciaire a dû frapper à la fois sur les biens personnels de chacun de ces héritiers, et sur leur portion afférente des biens héréditaires, parce que tous ces

---

l'acceptation sous bénéfice d'inventaire impliquent la nécessité d'un abandon des biens de la succession et du failli au profit de la masse commune des créanciers du failli et de la succession; que dès lors l'étendue de leurs droits respectifs est fixée à l'égard l'un de l'autre, sans qu'aucun d'eux puisse désormais se procurer sur les autres quelque préférence ou avantage qu'il n'avait pas acquis auparavant. Le dessaisissement seul du failli ne ferait rien à la chose, car peu importe l'incapacité du failli, puisqu'en général l'hypothèque judiciaire atteint les immeubles d'un débiteur malgré lui et contre sa volonté.

Troplong étend l'effet de l'art. 2146 à une succession vacante. D'autres interprètes l'ont fait avant lui. Il y a même sur ce point, le concours de l'interprétation judiciaire. Cependant cet article ne parle que de successions acceptées sous bénéfice d'inventaire, quoique la loi du 7 messidor an 3 y comprît les successions vacantes. Dès lors il semblerait que c'est étendre la loi au delà de son texte formel; car une succession vacante n'est pas une succession bénéficiaire. Cela exige une distinction. Ou la succession reste vacante, quoiqu'il y ait héritier connu, parce qu'elle est obérée; le curateur alors l'administre et en fait la liquidation, comme ferait le syndic d'une masse faillie, au profit commun des créanciers qui ne doivent plus, pour les motifs énoncés, pouvoir se primer ou obtenir l'un sur l'autre des droits de préférence, qu'ils n'avaient pas acquis auparavant. Alors, par une analogie parfaite, on peut faire application de l'art. 2146. C'est dans un pareil cas d'insolvabilité notoire d'une succession vacante, qu'a été rendu un arrêt de rejet de la cour de cassation de France du 4 juillet 1815. Sirey, t. 16, 1re part., p. 129. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Mais s'il arrive qu'une succession est vacante, parce qu'il n'y a pas jusqu'alors d'héritier connu qui se présente, et que cette succession d'ailleurs n'offre pas d'apparence d'insolvabilité, il nous semble que les mêmes motifs n'existant plus, l'hypothèque judiciaire pourrait être inscrite, puisque l'héritier inconnu pourrait se présenter inopinément, faire cesser instantanément la curatelle et s'immiscer en grevant conventionnellement les immeubles de la succession au préjudice des hypothèques judiciaires préexistantes qui seraient restées privées d'inscription. Car, il faut bien le remarquer, une succession vacante, dans son premier période, n'est pas encore une succession en déshérence.

Mais il se présente à ce sujet une autre difficulté que Troplong n'a pas prévue; c'est la manière dont il faudra concilier l'art. 2146 avec l'art. 2111 qui veut que les créanciers du défunt qui demandent la séparation des patrimoines s'inscrivent dans le délai fatal de six mois pour conserver leur privilége? Nous pensons qu'il faut décider que pour ce cas, et nonobstant la généralité des termes de l'art. 2146, l'inscription peut et doit se prendre pour la conservation du privilége légal, sur la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire; car quoique l'héritier sous bénéfice d'inventaire soit tenu de payer les créanciers de la succession, de préférence à ses créanciers personnels, sur les biens de la succession, et qu'ainsi le même but soit atteint pour les créanciers du défunt que s'ils avaient conservé leur privilége par séparation de patrimoines, il peut se faire que l'héritier bénéficiaire devienne héritier pur et simple après l'expiration des six mois de l'ouverture de la succession, et alors la nécessité de la conservation du privilége se ferait sentir.

(*Note de l'éditeur belge*.)

[1] Ferrières, *Dict. de prat.*, v° *Hyp*. Lamoignon, *des Act. pers. et hyp.*, art. 40. Bourjon, t. 2, p. 539, n° 41.

[2] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 211.

biens n'ont formé qu'un tout confus et intime par l'acceptation pure et simple. L'héritier représente le défunt : de même que le créancier chirographaire le plus alerte à faire condamner le débiteur originaire, aurait obtenu contre lui une hypothèque judiciaire préférable aux droits des chirographaires, de même le créancier a pu actionner l'héritier pur et simple sans qu'on puisse s'en plaindre. Car *hæres personam defuncti sustinet;* seulement, s'il eût fait condamner le débiteur de son vivant, il pourrait poursuivre chacun de ses héritiers hypothécairement pour le tout; au lieu que, n'ayant obtenu de condamnation que contre les héritiers, il ne peut les poursuivre hypothécairement que pour leur part et portion, par la raison que l'action personnelle était divisée lorsque l'action hypothécaire s'est réalisée. Ainsi l'adition pure et simple a formé un nouvel état de choses, qui a transporté sur les héritiers les droits des créanciers de la succession. Ce n'est pas la succession qui a été condamnée, c'est le patrimoine de l'héritier. Ce créancier a donc cessé d'être créancier de la succession; il n'est que créancier personnel de l'héritier.

Je sais bien que dans ce cas les autres créanciers, demeurés simples chirographaires, peuvent demander la séparation des patrimoines, s'ils y sont à temps. Par là, ils font sortir les biens héréditaires du patrimoine des héritiers, et laissent les biens personnels de ces derniers seuls responsables des condamnations obtenues contre eux [1]. Alors le créancier qui a obtenu les jugements ne peut plus se prévaloir de la confusion des patrimoines, pour soutenir que son hypothèque s'étend aux biens héréditaires; alors les créanciers chirographaires peuvent lui objecter avec raison le principe que la succession ne peut pas être plus grevée après la mort du débiteur qu'elle ne l'était au moment du décès; alors ils peuvent lui dire que *le droit des uns et des autres, s'étant trouvé égal à l'époque de la mort du débiteur commun,* doit rester le même : alors aussi je comprends la doctrine de Grenier et l'arrêt dont il se prévaut. Mais tant qu'on laissera la confusion dans les patrimoines, et qu'on n'usera pas du bénéfice de la loi, je ne pourrai me déclarer partisan de cette égalité parfaite dont on parle, égalité qui est incompatible avec l'effet que la loi attache à tout jugement de condamnation, et à l'acceptation pure et simple d'une succession [2].

Pour me résumer, je dirai donc : Oui, sans doute, la succession étant ouverte, les créanciers chirographaires peuvent empêcher l'un d'entre eux d'acquérir hypothèque sur les biens de la succession acceptée purement et simplement; mais, pour cela, il faut qu'ils demandent la séparation des patrimoines; sans quoi, le créancier porteur d'un jugement contre les héritiers acquerra hypothèque pour leur part et portion sur les biens de la succession, qui sont devenus leurs biens propres par l'effet de l'adition.

Et voilà pourquoi je trouve que l'arrêt de la cour de cassation du 19 février 1818, dont parle Grenier, a été mal rendu [3]. Car les créanciers chirographaires n'avaient pas demandé la séparation des patrimoines. La cour de cassation me paraît être rentrée dans les vrais principes, dans un arrêt du 9 décembre 1823. Mais cet arrêt est intervenu dans une espèce un peu différente de celle qui m'occupe maintenant. Aussi je me contente d'en tirer, pour la difficulté actuelle, un argument et de simples inductions.

---

[1] Arg. d'un arrêt de la cour de cass. du 9 décembre 1823.

[2] Le sentiment que j'exprime ici a été soutenu devant la cour de cassation par l'avocat général Laplagne-Barris, et embrassé par Dalloz. C'est une raison de plus pour que j'y persiste.

[3] Delvincourt est aussi de cet avis, t. 3, note 7 de la p. 158.

SECTION III.

DES HYPOTHÈQUES CONVENTIONNELLES.

ARTICLE 2124.

Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent.

SOMMAIRE.

460. L'hypothèque ne peut être consentie que par ceux qui ont capacité pour aliéner.
461. De la femme mariée sous le régime de la communauté. De celle qui est mariée sous le régime dotal. De celle qui est séparée de biens, ou marchande publique.
462. La nullité de l'hypothèque de la femme peut être opposée par elle, par son mari, par leurs héritiers et par les créanciers de la femme.
463. *Quid* si, après la dissolution du mariage, la femme venait à ratifier l'hypothèque par elle donnée sans autorisation? Renvoi.
463 *bis*. Les communes et autres établissements publics ne peuvent hypothéquer sans ordonnance du roi. Renvoi pour les mineurs.
463 *ter*. Si le mort civil peut hypothéquer. Ancienne jurisprudence. Droit romain. Dissentiment avec Merlin.
464. On ne peut hypothéquer la chose d'autrui. *Quid* si ultérieurement cette chose ainsi hypothéquée vient à appartenir à l'auteur de l'hypothèque? Renvoi.

COMMENTAIRE.

460. L'hypothèque, étant une aliénation d'une portion du domaine de la chose, ne peut être consentie que par ceux qui ont la capacité d'aliéner [1]. Tels étaient aussi les principes de l'ancienne jurisprudence [2].

461. Je parlerai d'abord des femmes mariées.

Pour savoir si la femme mariée peut hypothéquer son bien, il faut distinguer si elle est mariée ou non sous le régime dotal.

Lorsque la femme n'est pas mariée sous le régime dotal, on trouve dans l'art. 217 le principe régulateur de la matière. « La » femme, même non commune ou séparée » de biens, ne peut donner, aliéner, *hypo*» *théquer*, etc., sans le concours du mari » dans l'acte, ou son consentement par » écrit. »

A l'égard de la femme mariée sous le régime dotal, il faut distinguer ses biens paraphernaux d'avec les biens constitués en dot.

Les biens paraphernaux, d'après ce qu'on vient de voir par l'art. 217 du Code civil, ne peuvent être hypothéqués qu'avec l'autorisation du mari [3].

A l'égard des biens dotaux, c'est-à-dire de ceux qui constituent le fonds dotal, la femme ne peut les hypothéquer, même avec la permission de son mari [4].

L'art. 1554 du Code civil porte, en effet: « Les immeubles constitués en dot ne peu» vent être aliénés ou *hypothéqués* pendant » le mariage, ni par le mari, ni par la » femme : ni par les deux conjointement, » sauf les exceptions qui suivent. »

---

[1] Je me suis livré à plus de détail sur cette matière dans mon *Comm. de la vente*, nos 165 et suiv.

[2] Basnage, *Hyp.*, chap. 3, no 3.

[3] Art. 1576 du Code civil.

[4] La faculté d'*aliéner* le fonds dotal, réservée à la femme dans son contrat de mariage, emporte-t-elle celle de l'*hypothéquer?* L'affirmative avait été jugée par la cour de Lyon, 17 juillet 1834 (Dalloz, t. 35, 2e part., p. 124), sur le renvoi prononcé par un arrêt de la cour de cassation et contrairement à la doctrine de la cour suprême. Un nouveau pourvoi ayant été dirigé contre l'arrêt de la cour de Lyon, la cour de cassation, persistant dans sa première jurisprudence, en a prononcé la cassation par arrêt du 22 juin 1836. (Duranton, t. 15, no 479.)

Ces exceptions sont écrites dans les articles 1555, 1556, 1557, 1558. Je n'en dis pas davantage ici. Car les développements dans lesquels je pourrais entrer appartiennent moins à mon sujet qu'à la matière des dots. Je renvoie seulement à ce que j'ai eu occasion de dire ci-dessus n° 436 *bis*.

On a demandé si la femme mariée sous le régime dotal, venant à obtenir la séparation des biens, *cum maritus vergit ad inopiam* (article 1563 du Code civil), peut hypothéquer le fonds dotal.

Il faut décider que, malgré la séparation, ou la restitution de la dot obtenue par la femme, la dot n'en conserve pas moins son caractère, et reste inaliénable; car cette restitution n'est qu'une séquestration de la dot, une sûreté pour empêcher la dissipation du bien de la femme. Telle est l'opinion unanime des auteurs qui ont écrit sur le régime dotal [1].

Je ne dois pas terminer ce qui regarde les femmes mariées, sans parler de la femme qui est marchande publique.

La femme marchande publique ne peut hypothéquer ses biens dotaux (art. 7 du Code de commerce); car le principe de l'inaliénabilité de la dot ne cède devant aucune considération.

Mais, à l'égard de leurs autres immeubles, les femmes marchandes publiques peuvent les grever d'hypothèques (art. 7 du Code de commerce).

C'est en ce sens, et avec les modifications résultant de l'art. 7 du Code de commerce, que doit être interprété l'art. 220 du Code civil, dont la rédaction trop générale pourrait être la source de graves erreurs, si l'on s'attachait à la lettre plus qu'au sens et à l'esprit.

462. Lorsqu'une femme mariée, commune ou non commune, hypothèque ses biens sans l'autorisation de son mari, elle peut faire annuler cette hypothèque. Son mari a le même droit, ainsi que les héritiers de l'un et de l'autre (art. 225 du Code civil).

Mais on a agité la question de savoir si la nullité fondée sur le défaut d'autorisation pouvait être opposée par les créanciers de la femme. Toullier a soutenu la négative, sur le motif que c'est un droit attaché à la personne de la femme [2]. Mais cette opinion inadmissible a été réfutée par les auteurs de *la Thémis* [3] et par Merlin [4]; Toullier lui-même l'a plus tard abandonnée [5].

En effet, sans vouloir discuter ici cette question, je me bornerai à dire que des textes très-positifs établissent que le défaut d'autorisation peut être opposé par d'autres que la femme [6]; ce n'est donc pas un droit personnel [7].

463. *Quid* si, après la dissolution du mariage, la femme venait à ratifier l'hypothèque par elle donnée sans autorisation? Pourrait-on dire que l'hypothèque ne doit commencer à prendre existence que du moment de la ratification? ou bien que la ratification produit un effet rétroactif, jusqu'au jour de la première hypothèque? Je traiterai ailleurs cette difficulté [8].

463 *bis*. Les communes, les hospices et autres établissements de mainmorte ne peuvent hypothéquer leurs biens sans une ordonnance du roi [9].

Quant aux mineurs, voyez l'art. 2126, qui en traite spécialement.

463 *ter*. Les individus morts civilement sont-ils dans l'incapacité d'hypothéquer? On peut dire en leur faveur qu'ils ne sont pas incapables des actes du droit des gens, qu'ils peuvent commercer, acheter des immeubles avec leur gain, et les vendre; que, par conséquent, il semble qu'ils puissent hypothéquer [10]. C'est ce qui avait lieu dans le droit romain.

---

[1] Olea, *de cessione jurium*, t. 3, Q. 7, n° 22. Donadeus, *de renuntiatione*, c. 21, n° 40. Cass., 19 août 1819. Dalloz, *Mariage* (*contrat de*), n° 2. Grenier, n° 85.

[2] Toullier, t. 4, p. 167 et suiv.

[3] *Thémis*, t. 6, p. 42.

[4] *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 414.

[5] Toullier, t. 4, note 1.

[6] L. 18, §§ 5 et 19. Dig. *de minor.* Arg., l. 5, C. *de temp. in integ. rest.* Art. 225 du Code civil.

[7] La nullité de l'hypothèque consentie par une femme sans l'autorisation de son mari, ne peut être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers; elle ne peut l'être par des tiers, notamment par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. (Code civil, art. 225, 1125, 1166. Lyon, 27 mars 1832. Sirey, t. 33, 2e part., p. 282. Dalloz, t. 33, 2e part., p. 210.)

[8] *Infra*, nos 487 et suiv.

[9] *Voy.* mon *Comm. de la vente*, nos 171 et suiv. — Celui à qui le maire d'une commune, de l'avis du conseil municipal, et sous forme de transaction, cède la propriété d'un terrain communal dont il est déjà en possession, pour par lui en jouir comme de chose à lui appartenant, après autorisation de l'autorité supérieure, peut valablement conférer hypothèque sur ce terrain, même avant que l'ordonnance royale portant autorisation d'aliéner soit intervenue. (Code civil, art. 2124. Metz, 20 avril 1836.)

[10] J'ai dit, *supra*, que l'hypothèque était en soi du droit des gens, nos 392 et 392 *bis*.

« Deportatus civitatem amittit, non liber-» tatem : et speciali quidem jure civitatis » non fruitur, jure tamen gentium utitur; » emit enim et vendit, locat, conducit, per-» mutat, fœnus exercet, et cætera similia, » et postea quæsita *pignori dare potest.* » L. 150. *de inter. et releg. et deport.* [1].

C'est aussi le sentiment de Richer [2], et il est adopté sans discussion par Merlin [3].

Je ne crois pas devoir le partager. En France, l'hypothèque ne peut être établie que par une convention revêtue de formes solennelles et du *droit civil*. Ce n'est pas comme chez les Romains, où elle s'établissait sans formalités. Dès lors, je crois qu'il n'est pas possible qu'un mort civil vienne emprunter les formes du droit civil, pour en revêtir ses engagements. Qu'il soit admis à la participation de tous les actes qui, comme vente, échange, mandat, sont du pur droit des gens, et peuvent se passer des *formes civiles;* je le conçois et je l'admets. Mais il me semble qu'il répugne à la raison que le mort *civil*, qui est exclu de la société *civile*, lui demande le secours de ses solennités. Il n'y a, au surplus, aucune contradiction entre ce que j'ai dit ci-dessus de l'étranger, n°s 392 et 392 *bis*, et l'opinion que je propose ici. L'étranger n'est pas mort civil : il se marie, il peut faire des donations, en un mot il participe à tous les actes du droit des gens, bien que le droit civil les ait soumis à certaines formalités spéciales. Mais le mort civil ne peut se marier, il ne peut faire des donations. Retranché de la communauté *civile*, tout ce qui emprunte quelque chose du *droit civil* me paraît lui devoir être interdit [4].

464. De même qu'on ne peut vendre la chose d'autrui, de même on ne peut hypothéquer une chose dont on n'est pas propriétaire.

Mais que faudrait-il décider, si ultérieurement cette chose venait à appartenir d'une manière légale à celui qui précédemment l'avait hypothéquée sans qu'il en fût propriétaire?

Sur cette question, qui partage les auteurs, voyez ce que je dirai sur l'art. 2129.

ARTICLE 2125.

Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

SOMMAIRE.

465. Cet article est fondé sur le principe que nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

466. Explication de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

467. Lorsqu'un héritier se fait restituer contre son acceptation, que deviennent les hypothèques qu'il a créées avant sa restitution en entier?

468. *Quid juris* des hypothèques constituées par l'héritier apparent? Le véritable héritier peut-il les faire annuler? Opinions diverses à ce sujet. Examen de la question d'après le droit romain et le droit français. Objections contre l'opinion de Merlin. Raisons différentes de celles de Toullier. Il faut décider que les hypothèques ne sont pas valables.

468 *bis*. Dans le cas où le donateur a déguisé la donation sous forme de vente, si le prétendu acquéreur a constitué des hypothèques pendant sa jouissance, elles doivent être résolues, si l'héritier à réserve fait réduire cette donation déguisée comme excessive. Dissentiment avec la cour de cassation.

---

[1] *Pand.* de Pothier, t. 3, p. 522.

[2] Liv. 3, art. 1, chap. 1, p. 205, *de la mort civile.*

[3] *Répert*, v° *Mort civile*, p. 158.

[4] Les droits dont nous jouissons découlent de trois sources, du droit naturel ou des gens; du droit naturel ou des gens modifié par le droit civil; du pur droit civil. L'étranger n'est privé en France que des droits découlant du pur droit civil; mais le mort civil, placé à un degré inférieur, est exclu de toute participation aux droits organisés ou modifiés par le droit civil. Il ne peut prendre part qu'aux contrats laissés sous l'empire du pur droit des gens.

468 *ter*. Examen du cas où le droit de celui qui a constitué l'hypothèque est *suspendu* par une condition. Distinction entre la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*. Conciliation de notre article avec l'art. 2129. Sens du mot *appartenir*.
468 *quat*. Application de ces principes au cas où celui qui a constitué l'hypothèque n'avait sur l'immeuble qu'un droit de réméré. Dissentiment avec Grenier.
469. Suite. Dissentiment avec un arrêt de la cour de Besançon.
469 *bis*. L'héritier peut, avant le partage, hypothéquer sa portion indivise. Mais le partage fixe l'hypothèque sur le lot qui lui convient.
470. Influence des obligations conditionnelles et à terme sur les hypothèques accordées pour les garantir.
470 *bis*. Du terme apposé à une obligation. Il ne suspend pas l'hypothèque.
471. Des obligations avec condition.
472. Influence des conditions sur l'hypothèque.
473. De la condition casuelle. Elle rétroagit au jour du contrat, et l'hypothèque est valable dès ce jour. Exemples.
474. De la condition potestative; elle ne rétroagit pas, et l'hypothèque n'a d'effet que du jour de l'accomplissement de la condition.
475. Des conditions mixtes. On les assimile aux casuelles.
476. 1re *espèce*, où l'on demande de quel jour est née l'hypothèque.
477. Comment doit-on prouver l'échéance de la condition, et quels versements, qui forment condition, ont été effectués? Divergence entre les auteurs. Renvoi.
478. 2e *espèce*.
479. Dissentiment avec Grenier.
480. On peut prendre inscription en vertu d'une obligation conditionnelle potestative. Mais l'hypothèque ne date pas du jour de l'inscription. Elle date du jour de l'échéance de la condition.
480 *bis*. De l'influence des obligations soumises à une condition résolutoire sur les hypothèques qui en sont l'accessoire.

COMMENTAIRE.

465. Cet article est fondé sur cette maxime connue, que « nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. » Si le droit de celui qui a conféré hypothèque est suspendu par une condition, l'hypothèque doit être subordonnée à la même condition. Il en est de même pour le cas d'une condition résolutoire, ou pour le cas d'une cause de rescision. L'hypothèque sera résolue si la condition arrive, ou si, par la rescision, le droit de celui qui a donné l'hypothèque vient à être éteint. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Ainsi le décidaient les lois romaines. « Pure vendito, » et in diem addicto fundo, si melior con» ditio allata sit, res pignori esse desinit, si » emptor eum fundum pignori dedisset. » L. *si ex duobus*, §. ult. Dig., *de in diem add.*

466. Mais cette maxime, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, n'est pas tellement générale qu'elle ne soit soumise à des exceptions. Il n'est pas toujours vrai qu'une hypothèque soit résolue, lorsque celui qui l'a conférée voit son droit anéanti.

Loyseau a traité cette matière avec les développements les plus lumineux [1].

Voici ses termes : « Il est une très-belle » théorie du droit, à savoir, que quand la » résolution se fait pour *cause nécessaire*, » alors les hypothèques contractées depuis » le contrat sont résolues; mais quand elle » se fait par la volonté de celui qui les a » contractées, alors elles ne se peuvent résoudre, afin qu'il ne soit en la puissance » du débiteur d'amortir l'hypothèque que » quand il le voudra; qui est la distinction » qu'il faut tenir pour générale, en tous les » cas auxquels cette question peut échoir [2].

» Elle est prise en la loi 3e, Dig. *quib.* » *mod. pign. vel hypoth. solv.* « Si res dis» tracta fuerit sic, nisi intra certum diem » meliorem conditionem venditor invenis» set, fueritque tradita, et forte emptor, an» tequam melior conditio offerretur, hanc » pignori dedit, finitur pignus, meliore » conditione allata; quanquam ubi sic res » distracta est, *nisi emptori* displicuisset, » finiri pignus non putem. » La glose en » rend la raison, « *quia in debitoris arbitrio* » esse non debet, an res sit obligata, necne. »

Il n'est cependant pas toujours facile de discerner quand la résolution du contrat est *ex causa voluntaria, vel ex causa necessaria*. Bartole lui-même s'y est trompé [3].

---

[1] *Déguerp.*, liv. 6, chap. 3, no 6.

[2] Quoi qu'en dise Loyseau, il y a quelques exceptions. Par exemple, lorsque l'envoyé définitif est obligé, par le retour de l'absent, de lui rendre les biens. Alors, quoiqu'il ne les lui *rende pas volontairement*, cependant les actes faits *medio tempore* subsistent (art. 132 du Code civil). Mais cette exception a été déterminée par des motifs particuliers.

[3] Sur la loi 2, C. *de rescind. vend.*

Il pense, en effet, que s'il y a lésion d'outre moitié, les hypothèques doivent tenir en cas de rescision du contrat, par la raison, dit-il, que la cause de la résolution est volontaire, car il dépend de l'acheteur de suppléer le juste prix.

Mais Balde et beaucoup d'autres [1] ont réfuté cette opinion, par cette observation décisive que si l'acheteur supplée et augmente le prix, c'est faire un nouveau contrat, et non pas garder l'ancien marché; d'où il suit qu'on ne peut rien reprocher de volontaire à l'acheteur. Il se tient au contrat tel qu'il a été stipulé. C'est une cause nécessaire et indépendante de sa volonté, qui détruit son titre. Le sentiment de Balde a été adopté par notre article.

On doit dire aussi, par la même raison, que les hypothèques données par un fermier, pour sûreté de son administration, cessent de plein droit lorsque le fermier a rendu ses comptes à l'expiration de son bail. La résolution se fait ici *ex causa necessaria*, par la force de la convention [2].

De même, si Pierre donne un immeuble à Caïus, à condition qu'il bâtira une chapelle sur cet immeuble et qu'après avoir concédé des hypothèques sur cet immeuble, Caïus refuse d'accomplir la charge de la donation, la résolution que Pierre fera prononcer de la donation annulera les hypothèques créées *medio tempore* (art. 954 du Code civil). Cette résolution s'opère en effet *ex necessitate pacti impressi in ipsa rei traditione*, et, par conséquent, en vertu d'une cause *antiqua et primæva*.

Au contraire, lorsque la résolution s'opère pour une cause volontaire, les hypothèques concédées *medio tempore* doivent subsister.

On en a vu un exemple dans l'espèce de la loi 3ᵉ, Dig. *quib. mod. pignus vel hypoth. solv.*

On peut encore apporter un autre exemple dans le cas où une donation est révoquée pour cause d'ingratitude, alors les hypothèques subsistent (art. 958 du Code civ.). Car, dit Loyseau [3], « cette ingratitude » consiste en quelque action qui est volon» taire. Aussi que cette révocation procède » d'une cause depuis survenue, et non d'une » cause exprimée, et d'un caractère im» primé lors de la tradition de la chose [4]. »

467. Ces principes et ces détails servent à décider la question suivante.

Titius, majeur de vingt et un ans, a accepté une succession qu'il croyait opulente. Mais il découvre postérieurement un testament, qui était resté inconnu lors de l'acceptation, et qui absorbe, en libéralités faites à des tiers, plus de la moitié de la succession. Titius obtient sa restitution contre son acceptation, conformément à l'art. 783 du Code civil, et il répudie. Mais pendant qu'il possédait les biens, il a donné des hypothèques. Quel en sera le sort depuis sa répudiation? seront-elles résolues? seront-elles valables?

On peut dire, pour la résolution, que cet héritier, en répudiant la succession, est censé n'avoir jamais été héritier, et que dès lors les hypothèques par lui consenties sont censées non avenues. Mais il faut tenir que les hypothèques sont valables.

La raison en est que, *medio tempore*, Titius était vrai et légitime propriétaire des biens, et que, par conséquent, il a pu les aliéner, *uti perfectis dominis competit*. La restitution n'a pu effacer cette qualité de propriétaire. Elle procède d'une cause volontaire, *ex causa voluntaria*; c'est Titius lui-même qui l'a sollicitée sans aucune cause obligatoire. Son propre fait ne doit pas nuire à ses créanciers.

C'est ce que les lois romaines décident positivement à l'égard d'un mineur qui se fait restituer contre son acceptation. « Quemadmodum per contrarium, *quum minor restituitur ad adeundam hæreditatem*, quæ » antea gesta erunt per curatorem bonorum, » decreto prætoris, ad distrahenda bona se» cundum juris formam constitutam, rata » esse habenda, Calpurnio Flacco Severus » et Antonius rescripserunt. » L. 22, Dig. *de minor. vig.* [5].

Aussi Pothier [6] a-t-il ainsi expliqué les effets de la restitution.

---

[1] Salicet. Paul de Castro. Alexandre. Alciat. Neguz., *de pignorib.*, 1 membr., 5 part. nº 43. Tiraqueau, *de retractu convent.*, § 3, glose 1, nº 12. Socin le jeune, conseil 119, nº 16, lib. 2. Fachin., *Controv.*, lib. 2, cap. 23. Loyseau, *Déguerp.*, liv. 6, chap. 3, nº 6. Pothier, *Orléans*, nº 57. Voet, liv. 20, tit. 6, nº 9.

[2] Ce n'est pas par suite de *résolution* que cesse l'hypothèque dans ce cas, c'est par extinction de l'obligation principale. (*Note de l'éditeur belge.*)

[3] *Déguerp.*, liv. 6, chap. 3, nº 10.

[4] Autre exemple dans mon *Comm. de la vente*, nº 575.

[5] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 151, nº 62.

[6] *Pand.*, t. 1, p. 151, nº 62. Sur la loi 31, Dig. *de minorib.*

« Restitutionis autem effectus eo tantum » producitur, ut qui adversus aditam hæreditatem restituitur, hæreditariis actionibus non conveniatur; non vero eo produci » potest, ut revera hæres non fuerit. » A cette autorité on peut joindre celle de Furgole [1].

468. Il est une autre question non moins importante et plus difficile, c'est de savoir si, lorsqu'un héritier apparent vient à être évincé par l'héritier véritable, les hypothèques qu'il a accordées à des tiers, pendant sa jouissance, sont valables au regard de l'héritier véritable, ou si, au contraire, elles sont résolues.

Trois opinions se sont ouvertes à cet égard dans le cas de vente : 1° Un arrêt de Caen, 21 février 1814, confirmé par un arrêt de rejet de la cour de cassation, du 3 août 1815, décide que la vente doit être maintenue *toutes les fois qu'il est reconnu que le tiers est de bonne foi*. La cour de cassation établit dans ses considérants que cette décision est fondée sur une ancienne jurisprudence, conforme au droit romain [2], et soutenue par les motifs les plus puissants d'ordre et d'intérêt public [3].

Cette jurisprudence consiste dans un arrêt du parlement de Rouen, du 19 juin 1739, rapporté dans Merlin, v° *Succession*, sect. 1, § 5, n° 2, et un arrêt de Paris, 14 fructidor an 12, v° *Bâtard*, sect. 2, § 4. Mais ces deux arrêts constituent-ils une jurisprudence? Je ne le crois pas, d'après la loi 38 au D. *de legib.*

2° La seconde opinion est celle de Merlin, dans ses *Questions de droit*, v° *Héritier*, § 3. Il est d'avis que la vente de l'*hérédité* est toujours attaquable contre les tiers par les héritiers véritables. Mais à l'égard d'un objet singulier de l'hérédité, Merlin pense que la vente doit être maintenue dans un cas à raison de la bonne foi du vendeur : c'est lorsque le vendeur a consommé le prix sans devenir plus riche. Alors, dit Merlin, on ne peut actionner les tiers détenteurs. Car si on les actionnait, ils auraient leur recours contre le vendeur, et l'action en délaissement retomberait en définitive sur ce dernier. Cependant il ne peut pas être tenu de ce dont il ne s'est pas enrichi. Donc les acquéreurs sont à l'abri de toute attaque, par l'exception tirée *ex persona venditoris* [4].

3° Un troisième avis a été embrassé par Toullier. Cet auteur, se fondant sur l'article 2125 du Code civil, qui veut qu'on ne puisse transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même, s'élève avec force contre le maintien des ventes faites par l'héritier putatif, quelle que soit la bonne foi de celui-ci ou de l'acquéreur. Ce dernier système, qui paraît être celui de Lebrun [5], est adopté par Grenier [6]. C'est aussi celui qui me paraît devoir l'emporter. Mais, pour le prouver, il faut entrer dans des détails d'autant plus importants, que Toullier et Grenier, adversaires de Merlin, ne me semblent pas l'avoir combattu sur le terrain qu'il a choisi. Jetons d'abord un coup d'œil sur la législation romaine.

Tous les interprètes s'accordaient à dire qu'on pouvait agir par la pétition d'hérédité contre celui qui détenait l'hérédité *pro hærede*, ou *pro possessore*, c'est-à-dire contre celui qui, se croyant héritier, s'était emparé des biens de la succession, soit à cause d'un testament nul qu'il réputait bon, soit parce qu'il présumait être le successible le plus rapproché; ou bien contre celui qui, étant interrogé sur son titre de possession, n'avait autre chose à répondre si ce n'est : *Possideo quia possideo;* ou bien enfin, contre celui qui avait acheté sciemment du faux héritier [7].

Comme les possesseurs sont de bonne foi ou de mauvaise foi, la loi sur la pétition d'hérédité avait fait une différence entre les uns et les autres. Cette différence était particulièrement marquée dans le sénatus-consulte dont le texte est rapporté dans la loi 20, § 6, D. *de petit. hæred.* [8].

Le possesseur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui avait un juste sujet de se croire

[1] *Test.*, t. 4, p. 63, n° 100.

[2] Denevers dit *droit commun;* Merlin et Toullier disent *droit romain!*

[3] Il existe un autre arrêt conforme de la cour de Paris du 1er mai 1830. Mais il a été cassé par un arrêt du 26 août 1833, dont je parle dans mon *Comm. de la vente*, n° 960. On y trouvera de nouveaux détails sur toute cette question.

[4] Malpel adopte, avec quelques modifications, l'opinion de Merlin dans son *Traité des successions*, et il cite à l'appui de sa doctrine quatre arrêts du parlement de Toulouse, rendus en 1773, 1779, 1780, 1788.

[5] Liv. 3, chap. 4, n° 57.

[6] Grenier, *Hyp.*, n° 51.

[7] Perez, lib. 3, tit. 31, n° 9. Corvinius, *enarrat. eod. loc.*, p. 120. Favre, *Code*, lib. 3, tit. 21, déf. 8. Voet, lib. 5, tit. 3, n° 7.

[8] *Pand.* de Pothier, t. 1, p. 204, n° 29.

héritier, n'était tenu que jusqu'à concurrence de ce en quoi il s'était enrichi, « eos » autem qui justas causas habuissent quare » bona ad se pertinere existimassent, usque » eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re » facti essent. »

S'il avait vendu des biens héréditaires, il n'était tenu que de rendre le prix et pas la chose [1]; si ce prix était perdu, si l'héritier putatif de bonne foi l'avait dépensé, et même dilapidé, pensant qu'il ne faisait qu'abuser d'une chose sienne, il n'était pas obligé de le payer; car le sénatus-consulte ne l'obligeait à rendre que ce en quoi il s'était enrichi [2].

Mais à l'égard du possesseur de mauvaise foi, il en était autrement; il devait rendre la chose même qu'il avait vendue, ou ce qu'il en avait reçu en principal et intérêts; mais s'il avait eu un juste sujet de la vendre dans l'intérêt de l'hérédité, comme pour payer les dettes, ou les frais funéraires [3], il n'était tenu que de ce qu'il avait vendu en plus ou en moins de la véritable valeur de la chose [4].

On voit la grande différence de position que la loi avait mise entre l'un et l'autre possesseur. On avait voulu favoriser autant que possible le possesseur de bonne foi. La loi 25, § 1, s'en explique clairement en ces termes : « Consuluit senatus bonæ fidei pos» sessoribus, ne in totum damno afficiantur, » sed in id duntaxat teneantur in quo locu» pletiores facti sunt. »

En effet, un père de famille a juste sujet de se croire héritier : il s'empare de la succession, la gère, en dispose comme d'une chose à lui appartenant; devra-t-il être scrupuleusement recherché par le véritable héritier, qui ne s'est pas présenté, qui l'a laissé posséder tranquillement pendant de longues années? il est très-probable que si le possesseur de bonne foi eût su que la chose ne lui appartenait pas, il aurait agi avec plus de prudence, et n'aurait rien dissipé; mais, se croyant maître de la chose, il a pu en user *ut moderator et arbiter*. Ainsi raisonnaient les jurisconsultes romains [5].

Aussi avaient-ils interprété de la manière la plus large ces mots, *locupletior factus est*, dont parle le sénatus-consulte. Pour être censé s'être enrichi, il ne suffisait pas que le vendeur eût reçu le prix de la chose; car il pouvait l'avoir consommé, et n'en être pas plus riche. Il fallait que le prix fût encore existant au moment de l'action; *id quod durat*, dit la loi 23, D. *de petit. hæred.* [6].

Mais si cette interprétation était équitable en théorie, dans la pratique elle était sujette à tant d'inconvénients, qu'elle était d'une application presque impossible.

Écoutons Pothier [7].

« Il est très-difficile d'en faire l'applica» tion dans la pratique, n'étant guère pos» sible de connaître si le possesseur de bonne » foi, qui a reçu des sommes d'argent des » débiteurs de la succession et du prix de la » vente des effets, et qui les a employés, se » trouve plus riche au moment de la de» mande en pétition d'hérédité. Il faudrait » pour cela entrer dans le secret des affaires » des particuliers, ce qui ne doit pas être » permis. Il a fallu, *dans notre pratique fran» çaise*, s'attacher à une règle sur cette ma» tière, qui est que personne ne devant être » présumé dissiper ce qui fait le fonds d'un » bien qu'il croit lui appartenir, le posses» seur des biens d'une succession est censé » avoir profité de tout ce qui lui est parvenu » des biens de cette succession, et en profi» ter encore au temps de la pétition d'héré» dité, à moins qu'il ne fasse apparoir du » contraire.

» C'est pourquoi, lorsque le possesseur » de bonne foi a été condamné de rendre » les biens de la succession au demandeur, » il doit lui donner compte de toutes les » sommes qu'il a reçues, soit des débiteurs » de la succession, soit du prix de la vente » des effets de la succession, et généralement » de tout ce qui lui est parvenu. »

Ces principes de notre pratique française sont en effet plus conformes à la loi 18, D. *quod metus causa*.

On vient de voir ce qui concerne l'action *directe* en pétition d'hérédité.

Je passe maintenant à un nouvel ordre de choses, et j'examine si le véritable héritier peut revendiquer les biens contre les *tiers acquéreurs* qui les possèdent.

---

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 203, nº 34.
[2] Idem, p. 207, nº 41. Voet, *loc. cit.*, nº 18.
[3] L. 20, §§ 2 et 12. Dig. *de petit. hæred.* Pothier et Voet, *loc. cit.*
[4] L. 20, § 2. Dig. *de petit. hæred.* Voet, nº 18.
[5] Favre, *Rationalia*, sur la loi 25, § 11. Dig. *de petit. hæred.*
[6] Favre, *loc. cit.*, sur cette loi.
[7] Pothier, *de la Propriété*, nº 429.

Les Romains, comme chacun sait, tenaient beaucoup à la forme des actions, et ne s'en écartaient que pour de grandes raisons d'équité.

Lorsqu'un propriétaire voulait avoir sa chose possédée ou acquise de bonne foi par un tiers, il devait exercer l'action en revendication, qui était une action réelle *specialis in rem* [1]. L'héritier, étant seul propriétaire véritable de la chose, pouvait donc la revendiquer dans les mains de ceux qui en étaient détenteurs, tant que ceux-ci n'avaient pas acquis de prescription [2].

Cependant, pour que l'acquéreur de bonne foi ne fût pas inquiété gratuitement, on avait voulu que toutes les fois que le vendeur était prêt à indemniser le véritable héritier, le tiers détenteur pût repousser la demande en revendication, en disant : « *convenias venditorem qui respondere tibi paratus est* [3]. »

Mais l'action vendicatoire entraînait après elle des inconvénients : la position du demandeur y était très-dure. Il devait prouver non-seulement qu'il était héritier du défunt, et que la chose faisait partie de l'hérédité, mais encore que le défunt en était le maître. De plus, dans l'action de revendication, le possesseur de bonne foi n'était tenu des fruits que du jour de la demande [4].

Au contraire, l'action en pétition d'hérédité était plus avantageuse à l'héritier réel. Dans l'action en pétition d'hérédité, il lui suffisait de prouver qu'il était héritier, et que la chose était dans les biens du défunt. Le défendeur devait rendre tous les fruits, depuis la mort du défunt.

Ces deux actions ne produisaient donc pas le même émolument. Le véritable héritier n'avait pas le même avantage à poursuivre les tiers par l'action vendicatoire, qu'à poursuivre l'héritier apparent par la pétition d'hérédité.

Frappés de cet inconvénient, les jurisconsultes romains se demandèrent si, dans certains cas, on ne pourrait pas donner l'action utile en pétition d'hérédité contre les tiers détenteurs.

Lorsque ces tiers détenteurs n'avaient que des choses singulières de l'hérédité, cela n'était pas possible; l'action en revendication pouvait seule compéter.

Mais lorsque le tiers détenteur avait acheté toute l'hérédité, on vit plus de facilité à l'assimiler à un héritier. Dès lors, afin que le demandeur ne fût pas obligé d'intenter autant d'actions en revendication qu'il y avait de choses spéciales dans la succession, on lui permit, PAR ÉQUITÉ, d'intenter l'action utile en pétition d'hérédité contre l'acquéreur de l'hérédité. Comme Favre le prouve fort bien dans ses *Rationalia* sur la loi 13, § 4, c'était faire fléchir les principes, et donner au véritable héritier une latitude contraire aux règles du droit. Mais enfin cette extension est écrite dans la loi 13, § 4, D. *de petit. hæred.* Du reste, le véritable héritier pouvait toujours, malgré ce bénéfice, rentrer dans le droit commun, et exercer l'action en revendication, s'il le jugeait plus convenable.

Maintenant je dois dire à quelles modifications était soumise la faculté de diriger cette action utile contre l'acquéreur de l'hérédité.

Si l'acquéreur avait acheté de mauvaise foi, et s'il avait su que l'hérédité n'appartenait pas au vendeur, il était tenu, dans tous les cas, de l'action utile en pétition d'hérédité [5].

Mais si l'acquéreur était de bonne foi, alors il n'était soumis à l'action utile que lorsque le véritable héritier n'avait pas de recours contre l'héritier apparent. Ce recours pouvait lui manquer en effet, soit que l'héritier apparent n'existât plus, et qu'il n'eût pas laissé d'héritiers, soit qu'il eût vendu à vil prix une hérédité opulente [6], soit enfin qu'il fût devenu insolvable, comme je le dirai plus bas [7].

Pour bien entrer dans l'esprit de ce système, il faut connaître la loi 13, § 4, D. *de petit. hæred.* Elle pose la question suivante :

Titius vend une hérédité dont il se croyait possesseur légitime. La pétition utile d'hérédité devra-t-elle être donnée contre l'a-

[1] *Voy.* Dig. *de rei vindicat.*

[2] L. 7, C. *de petit. hæred.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 201, n° 16.

[3] Accurse et Bartole, sur la loi 25, § 17. Dig. *de petit. hæred.*

[4] Perez, *Code*, lib. 3, tit. 31, n° 12. Favre, *Rationalia*, loi 13, § 4, *de petit. hæred.*

[5] L. 13, § 8, Dig. *de petit. hæred.* L. 126, Dig. *de reg. juris.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 201, n° 13.

[6] Accurse et Bartole, sur la loi 13, § 8, Dig. *de petit. hæred.*

[7] L. 13, § 4, Dig. *de petit. hæred.*

cheteur, afin que le demandeur ne soit pas obligé d'intenter autant d'actions qu'il y a de choses héréditaires?

Il est certain, dit Ulpien, que le vendeur est tenu de l'action en pétition d'hérédité; car il possède le prix, et à raison de la possession du prix, il est censé posséder l'hérédité. Dans ce cas, il semble que ce soit contre lui que le véritable héritier doive se diriger.

Mais supposons que le vendeur n'existe plus; ou bien supposons un autre cas, savoir, que le vendeur a vendu l'hérédité à un prix fort au-dessous de sa valeur. Comme il est de bonne foi, il ne sera tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il a profité. Faudra-t-il donc que le véritable héritier perde le surplus? Ou bien pourra-t-il recourir contre l'acheteur? Caïus Cassius pense que l'action utile en pétition d'hérédité peut être intentée contre cet acheteur.

Tel est le sens véritable de cette loi. C'est ainsi que l'entendent Bartole, la glose, Fachinée [1], Perez [2], Pothier [3]. Tout en posant le principe que l'action utile en pétition d'hérédité peut être intentée contre l'acheteur, principe contenu dans les §§ 9 et 10 de la loi 13, D. *de petit. hæred.*, elle ne la donne pas dans tous les cas. Au contraire, toutes les fois que le véritable héritier peut être indemnisé par le vendeur, c'est contre lui qu'il doit se diriger. « Sed » ita demum, dit Vinnius, emptorem con» veniri placet, si aliter res petitori salva » esse non potest, aut si non expediat peti» tori hæreditatem à venditore peti, quem » directa petitione teneri certum est [4]. »

Bien plus, plusieurs auteurs pensent même que lorsque le véritable héritier ne peut être rendu indemne par le vendeur, il n'a d'action contre l'acquéreur que dans deux cas : 1° lorsque le vendeur n'existe plus; 2° lorsque la vente ayant été faite à vil prix, le véritable héritier ne pourrait recouvrer qu'une faible partie de la valeur de sa chose, si on ne lui permettait pas d'actionner l'acquéreur. C'est ce que disent très-expressément Fachinée [5] et Perez [6]; Bartole et la glose semblent ne leur être pas contraires.

Néanmoins, je pense que les deux cas dont parle le § 4 de la loi 13 sont plutôt indicatifs que limitatifs, et qu'Ulpien, qui adopte l'avis de Cassius, a voulu poser des exemples pour établir que le véritable héritier peut recourir contre le tiers acquéreur de l'hérédité, toutes les fois qu'il ne peut maintenir d'une autre manière l'intégrité de ses droits, ou qu'il a un intérêt réel à agir contre cet acquéreur.

On vient de voir que c'était l'avis de Vinnius; c'est aussi celui de Favre [7], qui se demande quelle différence il peut y avoir entre le cas où le vendeur n'existe plus et le cas où il est dans la misère et l'insolvabilité. « Quid enim refert an venditor non » exstet, puta mortuus sine hærede, an vero » exstet quidem sed adeo inops et egenus ut » adhuc inanis futura sit actio quæ contra » eum instituetur?... igitur fatendum erit » omni casu teneri emptorem. »

Voilà ce qui concerne la pétition *utile* de l'hérédité contre le tiers acquéreur. Favre est loin d'approuver qu'on l'ait introduite dans le droit. Il attribue cette innovation à une fausse équité de Tribonien plutôt qu'à Ulpien, et il pense que, dans aucun cas, la pétition *utile* n'aurait dû être accordée contre l'acquéreur. Car cet acquéreur possède avec un juste titre, et l'action en pétition d'hérédité ne peut être intentée contre celui qui possède avec titre. Favre, qui est toujours enclin à traiter Tribonien avec sévérité, le rend responsable de ce renversement des principes, et soutient qu'il aurait fallu réserver à l'héritier réel la simple action en revendication.

Je viens d'examiner le cas où l'hérédité entière a été vendue.

J'examine maintenant avec les lois romaines celui où il n'a été vendu que des choses particulières de l'hérédité.

Il est certain qu'alors on ne pouvait pas intenter l'action utile en pétition d'hérédité contre celui qui possédait, *jure emptionis*, une chose particulière de l'hérédité. On ne pouvait intenter contre lui que la revendication spéciale, ainsi que je l'ai dit ci-dessus [8].

Mais cependant cette règle générale avait

---

[1] *Controv.*, lib. 1, cap. 4.
[2] Lib. 3, tit. 31, n° 12.
[3] Pothier, *Pand.*, *loc. cit.*
[4] *Partitiones juris*, lib. 3, C. 32, p. 339, col. 2, et *Quæst. select.*, lib. 1, cap. 23.
[5] *Loc. cit.*
[6] Lib. 3, tit. 31, n° 12.
[7] *Rationalia*, sur la loi 13, § 4.
[8] L. 7, C. *de petit. hæred.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 201, n° 16.

ses exceptions. Voyons en quoi elles consistent.

J'en ai signalé une tout à l'heure. Elle avait lieu lorsque le faux héritier était prêt à indemniser le véritable. Alors l'acquéreur pouvait dire à celui-ci : Recourez contre l'héritier apparent qui m'a vendu. L. 25, § 17 : « Quid tamen si is, qui vendidit, paratus sit ita defendere hæreditatem, ut » perinde atque si possideret, conveniatur? » incipit exceptio locum habere ex persona » emptorum. »

La seconde exception était prévue par le même § 17 de la loi 25.

Le président Favre avertit dans ses *Rationalia* que ce texte est difficile à bien interpréter, et Bartole avait dit avant lui la même chose dans sa note sur cette loi : *Difficilis est.*

En voici le sens, d'après Pothier dans ses Pandectes.

Un héritier apparent, qui possède l'hérédité de bonne foi, vend certains objets faisant partie de cette hérédité, et il en consomme le prix sans aucun dol, de manière qu'il ne s'enrichit pas même de ce prix. On demande si le véritable héritier pourra exercer l'action vendicatoire contre les acheteurs, et s'il l'intente, on demande encore si les acheteurs ne pourront pas lui opposer l'exception « *quod præjudicium fieri » non debet inter actorem et eum qui ven- » didit.* »

Je dois m'arrêter ici pour faire connaître l'objet de cette exception dont il est mention dans la loi 1, § 1, Dig. *famil. ercisc.*, et qui a du rapport avec celle dont parlent les lois 16, Dig. *de except.*, et 7 Dig. *de hæred. petit.* [1].

Dans le droit des Pandectes, la connaissance de la pétition d'hérédité appartenait au tribunal des centumvirs. Il était défendu aux autres tribunaux d'en connaître, même indirectement ou incidemment, en sorte que si, dans des affaires particulières relatives à la succession, il s'élevait un débat où la qualité d'héritier était mise en question, le tribunal saisi devait surseoir et renvoyer au tribunal des centumvirs [2], afin que cette question arrivât intacte à ceux-ci [3].

Justinien abrogea cette exception, *ne hæreditati præjudicium fiat*, par la loi dernière au C. *de petit. hæredit.* [4]. Mais à l'époque où Ulpien écrivait, elle subsistait encore, et ce jurisconsulte s'en fait d'abord une raison de douter. Il se demande si dans l'espèce le demandeur en revendication ne peut être repoussé par l'exception dont il s'agit, et si on ne peut le renvoyer à faire juger d'abord sa qualité avec le vendeur. Qu'a de commun la revendication intentée par le véritable héritier contre les tiers, avec la pétition d'hérédité à intenter plus tard contre le vendeur? Le vendeur de bonne foi semble désintéressé dans ce débat sur la revendication; car il ne peut être actionné pour le prix, puisqu'il l'a consommé de bonne foi. On ne pourra donc lui opposer ce qui aura été jugé sur les biens revendiqués; et dès lors, en quoi la pétition d'hérédité se trouverait-elle préjugée entre le véritable héritier et le vendeur?

Cependant ne peut-on pas répondre que l'exception pourra être proposée avec fruit? car si l'acquéreur est évincé, il exercera son recours contre son vendeur, et il arrivera par là que celui-ci se trouvera tenu indirectement du prix. Or, on a vu tout à l'heure qu'il ne pouvait pas être recherché pour le prix, puisqu'il l'avait consommé de bonne foi.

Mais le demandeur répliquera : Qu'importe que vous ayez ou non un recours contre le vendeur? Il n'en est pas moins vrai que, celui-ci ne possédant rien de la succession, je ne peux l'actionner devant le tribunal des centumvirs ; je ne peux donc jamais faire juger avec lui cette qualité d'héritier que vous me contestez. Votre exception serait injuste ! elle me mettrait dans une position telle que je ne pourrais agir contre vous à cause de l'exception, et que je ne pourrais non plus agir contre votre vendeur, puisqu'il ne possède rien de l'hérédité [5].

Telles sont les objections que se fait Ulpien dans le sens du demandeur et du défendeur, d'après l'interprétation donnée par Favre à ses paroles laconiques.

Maintenant voici comment il résout la

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 304, n° 15.

[2] Sur le tribunal des centumvirs. *Voy.* Cujas, 20, observ. 20.

[3] Favre, *Rationalia*, l. 7, Dig. *de hæred. petit.* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Héritier*, § 3, n° 1.

[4] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 202, n° 19.

[5] Favre, *Rationalia*, sur la loi 25, § 17. Merlin, *loc. cit.*, suit le commentaire de ce jurisconsulte.

question : « Et puto posse res vindicari, » nisi emptores regressum habeant ad bonæ » fidei possessorem. »

Il décide donc que si l'acquéreur n'a pas de recours contre le vendeur, on pourra exercer la revendication; mais que si l'acquéreur a un recours en garantie, il n'y aura pas lieu à la revendication, afin que l'économie du sénatus-consulte ne se trouve pas dérangée.

Je remarque ici que cette décision d'Ulpien est tout à fait indépendante de l'exception *ne præjudicium fiat hæreditati;* le jurisconsulte a prouvé que cette exception était injustement invoquée. Mais en donnant au demandeur gain de cause sur ce point, Ulpien le condamne par un autre moyen absolu. Le juge doit se déclarer compétent : il ne doit pas renvoyer aux centumvirs; mais il doit débouter le demandeur, toutes les fois que l'acquéreur aura un recours contre le vendeur qui ne se sera pas enrichi, et cela d'après le sénatus-consulte qui ne veut pas que l'héritier apparent soit tenu à plus que ce dont il s'est enrichi.

J'ai dû faire cette remarque, afin qu'on ne s'imagine pas que la loi que j'ai analysée est abrogée par la loi dernière, au C. *de hæred. petit.* Tous les docteurs reconnaissent que Justinien n'y a pas dérogé. Aussi Bartole se garde-t-il de dire que c'est par l'exception *ne præjudicium*, etc., que l'acquéreur gagne sa cause. Il dit : « Emptor potest » uti exceptione ex persona venditoris, ne » bonæ fidei possessor teneatur ultra quam » sit locupletior. »

D'où il suit que l'empereur a pu abolir l'exception *ne præjudicium*, etc., mais que l'exception *ex persona venditoris* a toujours subsisté.

On peut conclure de l'ensemble de la loi 25, § 17, que le véritable héritier peut, en principe général, intenter l'action vendicatoire contre l'acquéreur d'une chose singulière de l'hérédité, de même qu'on lui a permis, par équité, d'intenter l'action en pétition d'hérédité contre celui qui a acquis toute l'hérédité.

Mais la loi 25, § 17, présente une exception dont ne parle pas la loi 13, § 4.

C'est que, lorsque le vendeur de bonne foi a consommé sans dol le prix qu'il avait reçu pour la chose héréditaire, on ne peut actionner l'acquéreur. Car en actionnant l'acquéreur on agirait indirectement contre le vendeur, qui serait toujours tenu de l'action en garantie. Or, par cette action en garantie, il devrait payer le prix, et cependant l'action en pétition d'hérédité ne pourrait avoir pour effet de lui payer ce prix. Car par cette action il n'est tenu que *in quantum locupletior factus est.* En un mot, le vendeur a-t-il consommé le prix de bonne foi ? alors point d'action en revendication contre l'acheteur. Et Accurse ne trouve aucune injustice à cette décision. Car en matière de pétition d'hérédité, le prix tient lieu de la chose, et le prix étant consommé, la chose est censée ne plus exister : « Præterea cum pretium sit loco rei et amittatur, res ipsa amissa videtur. »

Les interprètes du droit romain ont fort agité la question de savoir si cette exception, établie pour le cas où il s'agit de la vente de certains objets héréditaires, est applicable au cas où l'héritier apparent a vendu toute l'hérédité, et où l'action utile en pétition d'hérédité peut être exercée.

Accurse et Bartole pensent que l'exception *ex persona venditoris* ne doit être admise que lorsqu'il s'agit de la vente d'objets singuliers de l'hérédité. Merlin suit leur opinion; mais les raisons qu'il donne pour justifier ce sentiment sont extrêmement faibles, et Toullier les a réfutées dans sa dissertation imprimée à la fin de son neuvième volume.

Favre, dans ses *Rationalia* sur la loi 13, § 4 (lettre A), sur les mots : *Ne singulis judiciis vexetur,* rejette sans hésiter la doctrine de Bartole et d'Accurse. Voici son argumentation : « Puisqu'il est vrai de dire que Tri» bonien, bien plutôt qu'Ulpien, a, contre » les règles du droit, établi l'action utile, » en remplacement de l'action spéciale *in* » *rem,* qui ne voit combien il serait absurde » de soutenir que l'action utile eût plus » d'extension que l'action revendicatoire » spéciale ? Peut-on admettre que la condi» tion de celui qui a vendu de bonne foi soit » moins mauvaise, parce que l'acheteur sera » actionné par l'action spéciale plutôt que » par l'action utile en pétition d'hérédité ? » Dans l'un et l'autre cas, la bonne foi du » vendeur doit faire qu'il ne soit pas tenu » au delà de ce dont il a profité : c'est à rai» son de ce principe que, lorsqu'il y a sim» ple action revendicatoire, on ne veut pas » que le véritable héritier puisse recourir » contre l'acheteur, afin que le vendeur ne » soit pas tenu indirectement : il doit en être » de même dans le cas où l'on intente l'ac» tion utile... D'ailleurs Tribonien a donné » pour l'une des raisons principales de la

» décision qu'il présente dans la loi 13, § 4, » qu'il n'était pas juste que le demandeur » fût obligé à intenter autant d'actions qu'il » y avait de choses, *ne singulis judiciis vexetur*, et qu'il valait mieux, *par équité*, recourir à l'action utile, qui d'un seul coup » embrasse tout ce qui a été aliéné. Il suit » de là que lorsque l'action vendicatoire ne » peut être exercée contre les tiers, à raison de l'exception tirée *ex persona venditoris*, on ne peut intenter non plus contre » eux l'action *utile* en pétition d'hérédité. »

Ces raisons me semblent convaincantes, et je ne fais pas de difficulté à admettre l'opinion de Favre.

Voici donc en résumé quelle est toute la théorie du droit romain sur cette matière.

En thèse générale, le véritable héritier peut intenter l'action spéciale *in rem*, contre le tiers acquéreur d'un objet singulier de l'hérédité.

Il peut aussi intenter l'action *utile* en pétition d'hérédité, contre celui qui a acheté l'hérédité tout entière.

Mais ces principes ont deux exceptions.

La première a lieu lorsque le véritable héritier trouve un recours suffisant auprès du vendeur de l'hérédité. Alors le tiers acquéreur peut lui dire : « Actionnez l'héritier » apparent de qui j'ai acheté de bonne foi, » et qui peut vous indemniser. »

La seconde a lieu lorsque l'éviction éprouvée par l'acheteur donnerait lieu à une action en garantie, dont l'issue serait de faire supporter à l'héritier apparent, de bonne foi, une condamnation plus forte que s'il était actionné directement.

De tout ceci il résulte que la cour de cassation se serait trompée d'une manière très-grave, si elle eût avancé, comme Toullier et Merlin le lui font dire, que la jurisprudence qu'elle a adoptée dans son arrêt *est conforme au droit romain*. On ne peut maintenant douter que la faculté de rechercher le tiers détenteur ne fût un des principes des lois romaines; en effet, il est de règle générale que tout propriétaire puisse revendiquer sa chose là où il la trouve, lorsqu'il ne s'est pas laissé forclore par la prescription.

Cette règle est vivante dans notre législation. Il y est écrit de toutes parts que celui qui est dépouillé peut se faire réintégrer dans ce qui lui appartient.

Il me reste à examiner si les deux exceptions consacrées par les lois romaines doivent être adoptées par notre jurisprudence.

Voyons d'abord pour la première. Doit-on permettre aux tiers recherchés d'exiger que l'héritier réel discute d'abord le faux héritier de qui ils ont acquis.

Favre, dans son commentaire sur la loi 25, § 17, *Ration, de petit. hæred.*, trouve que cette exception est injuste. « Sed etsi velit » venditor hæreditatem in solidum defen» dere, adeoque solidum offerre petitori » *nulla tamen ratio est cur prohibendus sit petitor singulas res ab emptoribus vindicare*, » cum ipsius intersit res singulas potius » quam pretia earum habere, vera et inte» gra. » Il va même jusqu'à croire que le § *quid tamen* de la loi 25, § 17, est une interpolation de Tribonien, qui s'est permis d'altérer témérairement et sans réflexion le texte d'Ulpien.

Si, à une époque où le droit romain faisait loi, Favre voulait secouer le joug du § *quid tamen* comme contraire aux principes et à la raison, combien, à plus forte raison, devons-nous peu y tenir, nous qui n'admettons les lois romaines que comme raison écrite, et qui les rejetons lorsqu'elles sont contraires à l'équité ou aux principes! L'acheteur ne peut avoir d'autres droits que son vendeur. Si le vendeur n'était pas propriétaire, l'acheteur n'est donc pas propriétaire non plus, tant qu'il n'a pas prescrit. Donc le véritable propriétaire pourra revendiquer la chose entre ses mains; quel motif y aurait-il à admettre dans l'espèce cette exception de discussion, lorsque dans tous les cas il est clair que le tiers détenteur ne serait pas fondé à l'invoquer?

Je pense donc que l'exception doit être rejetée.

Je passe à la seconde exception. L'acquéreur pourra-t-il repousser l'action du véritable héritier toutes les fois que cette action aura pour résultat indirect de faire supporter à l'héritier apparent une condamnation plus forte que s'il était poursuivi directement par la pétition d'hérédité?

Favre s'élève encore avec force contre cette exception [1]; il la trouve injuste, parce qu'elle porte un véritable dommage à l'héritier réel. « Quid enim peccavit verus » hæres propter quod dominium rei suæ, » ab alio distractæ, amittere debeat, aut si » dominus remanet, a vindicatione arceri » quæ dominis omnibus jure communi con» ceditur? »

[1] *Rationalia*, sur la loi 25, § 17, Dig. *de petit. hæred.*

Cette rigueur envers l'héritier apparent qui n'a commis aucune faute, et qui cependant se trouve placé, pour ainsi dire, hors du droit commun, l'entraîne à penser qu'un jurisconsulte aussi sage qu'Ulpien ne peut l'avoir consacrée. Il conjecture que le texte a été altéré; et comme sa hardiesse ne craint aucun obstacle, il ose le corriger en substituant le mot *etsi*, au mot *nisi* que porte le texte : ainsi, au lieu de lire, « et puto posse » res vindicari, nisi emptores regressum » habeant ad bonæ fidei possessorem, » il lit *etsi emptores*, etc. Après avoir justifié cette correction par des remarques grammaticales fort ingénieuses, il enseigne que le principe, que le tiers acquéreur peut être actionné par le véritable héritier, *ne doit être soumis à aucune exception*. « Verius est, igi- » tur, omni modo et omni casu competere » vero hæredi vindicationem, tum quoque » cum emptores regressum adversus vendi- » torem habent. » Si les interprètes lui disent que cette décision est contraire à l'esprit du sénatus-consulte, en ce que l'héritier apparent se trouvera tenu, même au delà de ce en quoi il s'est enrichi, il répond que cette objection est peu fondée, et voici son raisonnement. Le sénat a voulu que, lorsque le possesseur de bonne foi de l'hérédité était actionné *comme héritier*, il ne fût pas tenu de payer au delà de ce en quoi il s'était enrichi. Mais lorsque les acquéreurs exercent leur recours contre lui, ce n'est pas comme héritier, c'est comme vendeur qu'il se trouve atteint. Ce n'est pas par l'action en pétition d'hérédité qu'on le recherche, c'est par l'action *ex empto*. On ne blesse donc en aucune manière le sénatus-consulte, qui ne parle pas de ce cas, et qui n'a voulu ni pu vouloir que celui qui a vendu ne soit pas soumis à un recours en garantie.

Je dois relever ici une erreur de Toullier. Il prétend que Favre a imaginé sa correction pour concilier la loi 25, § 17, avec la loi 13, § 4. Mais c'est se méprendre sur le système de ce savant magistrat. Favre n'a jamais vu de contrariété entre ces deux lois. En prenant même le texte tel qu'il est, il prouve sur la loi 13, § 4, que ces deux lois s'interprètent l'une par l'autre, et que si l'on admet l'exception *ex persona venditoris*, dont parle la loi 25, § 17, on doit l'appliquer aussi à la loi 13, § 4.

Quel a donc été le but de Favre en proposant la correction dont j'ai parlé? Son but unique a été de combattre cette exception, *ex persona venditoris*, contre laquelle sa raison se soulevait, et c'est pour y parvenir qu'il fait plier le texte devant ses conjectures audacieuses. Mais comme sa correction n'est autorisée par aucun manuscrit, on doit la rejeter, et il est plus sage de s'en tenir au texte. Seulement je m'empare de sa doctrine, abstraction faite de quelques subtilités dans lesquelles il est obligé de se perdre pour éluder des textes formels; et en voyant un jurisconsulte aussi illustre, choqué de ces mêmes principes qu'on voudrait introduire dans notre jurisprudence, je suis autorisé à dire qu'il y a quelque chose qui dit hautement que l'exception dont je parle ne satisfait pas le bon sens. Aussi *Groenevegen* pense-t-il, dans son traité *De legibus abrogatis*, qu'elle ne doit pas être suivie [1]; et, d'accord en cela avec Favre, il dit : « Id » quod nostrum est sine facto nostro ad » alium transferri non potest; ideoque puto » res vindicari posse, licet emptores ad » bonæ fidei possessores regressum ha- » beant. »

On va voir maintenant que les principes de notre droit français n'ont jamais admis l'exception *ex persona venditoris*.

J'ai dit ci-dessus que, d'après le droit romain, pour que l'héritier apparent pût être soumis à la pétition d'hérédité, il fallait non-seulement qu'il eût reçu le prix de la chose vendue, mais encore que le prix se trouvât entre ses mains au moment de l'action. Car s'il l'avait dissipé de bonne foi, il n'était soumis à aucun recours. C'est pour cela, quoi qu'en dise Favre, qu'on avait senti la nécessité de mettre un frein aux actions contre les tiers possesseurs. Mais on a vu aussi plus haut que jamais en France on n'avait admis la décision des lois romaines sur le sens de ces mots *locupletior factus est*. C'est Pothier qui l'atteste dans le passage ci-dessus transcrit. Il suffit que le vendeur ait reçu le prix pour qu'il soit censé être plus riche, et pour qu'il soit obligé d'en tenir compte dans la pétition de l'hérédité. Donc, il peut y être aussi obligé indirectement par la voie du recours en garantie. Donc, dans notre pratique française, l'exception *ex persona venditoris*, qu'opposerait le tiers acquéreur, serait sans fondement. Reste donc le principe général que les lois romaines ont consacré, savoir que l'on peut agir directe-

[1] *De petit. hæred.*, l. 25, § 17.

ment contre le tiers acquéreur de l'hérédité. Les exceptions ont disparu.

La décision de la cour de Caen, du 21 février 1814, confirmée par l'arrêt de cassation, du 5 août 1815, porte cependant « que celui qui a acquis d'un héritier appa» rent doit être maintenu, toutes les fois » qu'il est reconnu qu'il a fait son acquisi» tion de bonne foi. »

Mais Toullier a fort bien prouvé que cette décision est contraire à tous les principes. Depuis quand la bonne foi a-t-elle suffi pour acquérir la chose d'autrui? ne faut-il pas de plus un titre et une possession paisible de 10 ou 20 ans?

La cour de Caen cite un arrêt, du 19 juin 1739, qui l'a ainsi décidé : elle s'appuie sur l'autorité des jurisconsultes normands. Mais une erreur ne peut jamais devenir la vérité, quoiqu'elle soit répétée par plusieurs bouches. Je démontre d'ailleurs, dans mon *Commentaire de la vente* (n° 960), que cet arrêt s'écarte de la loi 25, § 17, Dig. *de petit. hæredit.*, plutôt qu'il ne la confirme. Il donne à la bonne foi de l'acheteur un effet auquel les jurisconsultes romains n'ont jamais pensé.

On dit enfin, pour dernière raison, que l'héritier putatif de bonne foi était, au moment où il a vendu, un héritier véritable à l'égard des tiers; que tout ce qu'il a fait doit être, par conséquent, sanctionné, et que l'héritier réel, qui ne s'est pas présenté, doit laisser les choses dans l'état où il les trouve.

La preuve du viçe de ce raisonnement résulte de l'art. 1696 du Code civil, portant que le vendeur d'une hérédité est tenu de garantir sa qualité d'*héritier*. La loi suppose donc que l'acquéreur peut être inquiété parce qu'il n'a pas acheté du véritable héritier. Elle suppose donc que la qualité d'héritier prise par quelqu'un qui n'en a que l'apparence, peut donner lieu à des recours? et d'où vient ce recours? de l'acquéreur évincé par le véritable héritier.

Et puis, dans quelle confusion ne se jette-t-on pas! on traite le véritable héritier comme celui dont *l'absence a été déclarée*, et qui ne reparaît qu'après trente ans (art. 132 du Code civil). On assimile l'héritier apparent, c'est-à-dire celui qui n'a pour lui que son erreur, à l'héritier de l'absent qui a été mis en *possession définitive*, et qui, aux yeux des tiers, a eu *mission de la loi* pour disposer des biens comme héritier (art. 129 et 132). Peut-on confondre ainsi des positions si différentes? Le véritable héritier, par cela seul qu'il ne s'est pas présenté, est-il *un absent*, et son absence a-t-elle duré trente ans? parce qu'on se sera donné le tort de ne pas faire déclarer son absence, parce qu'on aura trouvé plus simple d'envahir ses biens, il faudra qu'il soit traité plus sévèrement que l'absent véritable, dont les propriétés ne peuvent être ni *vendues* ni *hypothéquées* (article 128) tant que dure l'envoi en possession provisoire, et que trente ans ne se sont pas écoulés depuis cet envoi.

Enfin la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* répond à toutes les objections. L'héritier apparent n'a jamais eu de droits réels; il n'en a jamais eu, même dans le cas le plus favorable de tous, savoir, lorsqu'il est appelé par la loi et exclu par un testament caché; mais en supposant qu'il en ait eu, ils se trouvent éteints et résolus par la production du testament; dès lors doivent se trouver éteints et résolus les droits qu'il a conférés à des tiers. Car la résolution s'opère ici d'une manière forcée, *ex causa necessaria*, ainsi que je l'ai dit plus haut, n° 465, en donnant l'interprétation de la maxime *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Maintenant on pourra facilement se décider sur cette question grave et controversée, où l'équité veut introduire de vaines considérations, pour faire fléchir les vrais principes. De nouveaux développements aux idées que je viens d'émettre se trouvent dans mon *Commentaire de la vente* (n° 960), où je rapporte des arrêts récents, et surtout une décision de la cour de cassation, du 26 août 1833, qui est de nature à assurer le succès définitif de notre opinion.

J'ai traité ce point de droit sous le rapport des aliénations. Mais en prenant, de la discussion à laquelle je me suis livré, tout ce qui peut s'appliquer à la constitution d'hypothèque par l'héritier apparent, on verra que la solution doit être la même, et que les hypothèques créées par cet héritier doivent disparaître lorsque le véritable héritier se présente.

468 *bis*. Il s'est présenté une question voisine de la précédente.

Titius fait à Sempronius une donation déguisée sous la forme d'une vente. Sempronius constitue des hypothèques sur les biens qu'il reçoit par ce moyen, au profit des créanciers de bonne foi.

Mais après la mort de Titius ses héritiers

à réserve prouvent que la vente faite à Sempronius contient une donation déguisée, et la font réduire comme excessive. On demande si les hypothèques consenties *medio tempore* par Sempronius seront effacées par la réduction.

L'affirmative est clairement décidée par l'art. 929 du Code civil, qui veut que les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction rentrent dégagés des hypothèques créées par le donataire.

Néanmoins la cour de cassation [1] a décidé le contraire, par la raison que les tiers avaient dû considérer Sempronius comme acquéreur à titre onéreux, en vertu d'un acte de vente publiquement exécuté, et que leur bonne foi devait les défendre de l'éviction résultant d'une décision postérieure à l'acquisition de leurs droits, et qui établissait que cette vente n'était qu'une donation déguisée.

Mais il m'est impossible d'adopter cette décision. Elle viole l'art. 929 du Code civil non moins ouvertement que l'art. 2125. Elle attribue à la *bonne foi* des créanciers des effets destructifs des droits sacrés des légitimaires! C'est un véritable bouleversement [2].

Supposez, par exemple, que Sempronius, au lieu d'hypothéquer, ait revendu. Les légitimaires auraient donc dû respecter aussi les ventes, à cause de la bonne foi des sous-acquéreurs! La cour de cassation aurait donc repoussé les enfants en vertu des mêmes principes! Mais, avec cette jurisprudence, que deviendra le droit de légitime et la prohibition de disposer au delà d'une certaine quotité?

Je pense qu'il serait digne de la haute mission de la cour de cassation de tenir la main avec plus de fermeté au maintien des véritables principes du droit.

468 *ter*. Jusqu'à présent nous nous sommes occupés plus spécialement du cas où l'immeuble se trouvait dans les mains de celui qui a constitué l'hypothèque, mais y était cependant grevé d'une condition résolutoire qui pouvait l'en faire sortir. Telle est la position de l'héritier apparent, du vendeur apparent, de l'acquéreur qui a lésé le vendeur d'outre moitié, etc.

Mais notre article prévoit un autre cas : c'est celui où le droit sur l'immeuble est *suspendu* par une condition, ce qui suppose nécessairement que celui qui constitue l'hypothèque ne détient pas encore l'immeuble, ne l'a pas encore dans son domaine, et n'a qu'une espérance qu'il y entrera.

Ainsi Titius me donne l'immeuble A, si tel vaisseau arrive des Indes. Je ne suis pas encore propriétaire : je ne le serai qu'autant que la condition se réalisera. Mais, en attendant, je pourrai constituer des hypothèques sur l'immeuble dont il s'agit ; seulement, ces hypothèques suivront le sort de mon droit : si la condition arrive et que mon droit se consolide, l'hypothèque se consolidera aussi. Si, au contraire, la condition n'arrive pas et que mon droit s'évanouisse, l'hypothèque périra avec lui [3].

Ceci posé, il semblerait au premier abord que notre article est en opposition avec l'article 2129 qui exige que l'immeuble *appartienne actuellement* au débiteur pour qu'il y constitue une hypothèque valable. On peut se demander s'il n'y a pas antinomie entre cette disposition et notre article qui permet l'hypothèque d'une chose qui ne nous appartiendra que si telle ou telle condition se réalise. Mais ce sont là des scrupules exagérés. Il ne faut pas prendre le mot *appartenir* dont se sert l'art. 2129 dans un sens trop restreint (*infra*, n° 520). « Verbum illud » *pertinere*, dit la loi 181 Dig. *de verb. signif.*, » latissime patet... *pertinere* ad nos etiam ea » dicimus quæ esse possint. »

468 *quat*. Ce que nous venons de dire est en opposition avec l'opinion de Grenier [4], mais conforme à celle de Tarrible [5] et de Dalloz [6].

Grenier se pose cette espèce, que je formule de la manière suivante pour la rendre plus clair : Pierre est propriétaire de l'immeuble A, mais sous la condition résolutoire de le rendre à Jacques, si ce dernier parvient à sa vingt-cinquième année. Grenier

---

[1] Arrêt du 14 déc, 1826. C'est un arrêt de rejet, J'ai déjà signalé la tendance de la cour de cassation vers les rejets. Je ne doute pas qu'elle n'eût rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui aurait décidé le contraire,

[2] Je trouve dans Merlin (*Répert.*, v° *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 5) une opinion conforme à la mienne sur le fond de cette question.

[3] Voy, *infra*, n° 471, la définition que Cujas donne de la condition.

[4] Grenier, n° 153.

[5] *Hyp.*, sect, 2, § 3, art, 3, n° 5,

[6] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 137, n° 6.

pense que la faculté d'hypothéquer n'est attribuée qu'au *propriétaire actuel*, à Pierre, dont le droit est soumis à la condition; mais que le propriétaire éventuel, Jacques, ne pourra hypothéquer, parce que ce n'est pas lui qui *détient l'immeuble*.

Pour arriver à cette conclusion, Grenier, qui a entrevu toute la force des expressions de notre article, « *ceux qui n'ont sur l'im-* » *meuble qu'un droit suspendu par une con-* » *dition*, » croit devoir leur donner une interprétation inouïe jusqu'à ce jour. D'après lui, Pierre, propriétaire actuel, a un droit qui n'est soumis qu'à une condition *suspensive!* Il *détient l'immeuble sous une condition suspensive!* C'est à lui que s'applique notre article. Quant à Jacques, il ne peut s'en prévaloir.

J'avoue que cette manière de qualifier les clauses dont il s'agit me frappe d'étonnement. Qu'est-ce qu'une *condition suspensive?* Toutes les notions les plus élémentaires me répondent que c'est celle qui *suspend* l'effet de la disposition jusqu'à l'événement d'un fait futur. Tant que l'événement n'est pas arrivé, tant que la condition est pendante, la chose n'est pas due [1] : le créancier n'en jouit pas : elle est détenue par le débiteur [2]. Le créancier ne peut en demander la délivrance que lorsque la condition est accomplie. Auparavant, il n'a qu'une espérance sur la chose, *spes est debitum iri*.

Est-ce là la position de Pierre? Loin que l'effet de son droit soit *suspendu*, Pierre jouit, au contraire, de tous ses avantages. Il détient la chose; il en recueille les fruits comme propriétaire; il n'a pas eu besoin d'attendre que l'événement de la condition fût arrivé pour demander la délivrance. La chose lui a été délivrée sur-le-champ. Il a bien plus qu'une espérance, puisque, en réalité, il retire actuellement tous les émoluments de la propriété. A la vérité, il y a bien quelque chose qui est *en suspens* dans la position de Pierre : c'est, non pas la *disposition*, puisqu'elle produit tous ses effets, mais *la résolution*, qui est *suspendue* sur sa tête, et qui dépend de tel événement incertain (voy. *infra*, n° 469). Mais je pense que Grenier n'ira pas jusqu'à dire que cette circonstance fait que *le droit de Pierre est suspendu;* car c'est son *obligation* de rendre la chose qui est *suspendue*, tandis que son *droit de jouir* est *actuel!* Ainsi, ces expressions de notre article, « ceux qui ont sur l'immeuble *un droit sus-* » *pendu par une condition*, etc., » ne le concernent ni dans ce que la clause a de *présent*, ni dans ce qu'elle a de *suspensif*.

Appliquez, au contraire, à Jacques la définition incontestable que nous avons donnée de la condition suspensive, et vous verrez que c'est lui dont le *droit* est *suspendu* par une condition de ce genre, et que Grenier a complétement changé les positions.

Quelle est donc la véritable condition qui affecte le droit de Pierre? C'est une condition *résolutoire*, c'est-à-dire celle qui ne suspend pas l'effet de la disposition, mais qui l'anéantit dans le cas d'un événement futur. Pierre a été saisi de l'objet donné, comme si la disposition eût été pure et simple; il peut en disposer; il en jouit comme le ferait un propriétaire : seulement, son droit peut être anéanti si l'événement se réalise.

Le droit de Pierre est donc soumis à une *condition résolutoire*. Le droit de Jacques est soumis à une *condition suspensive*.

Le droit du premier est réglé par ces expressions de notre article : « ceux qui n'ont » sur l'immeuble qu'un droit résoluble dans » certains cas, peuvent, etc. »

Le droit du second est réglé par cette autre disposition du même article : « ceux » qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit *sus-* » *pendu* par une condition, etc. »

Tous deux peuvent hypothéquer. Seulement, l'hypothèque suivra les chances que la condition fera subir au propriétaire actuel et au propriétaire futur [3].

S'il était vrai que Pierre fût soumis à une condition suspensive, si l'on devait adopter l'interprétation de Grenier, il s'ensuivrait qu'on devrait effacer de notre article ce qui a rapport aux conditions résolutoires; il

---

[1] L. 41, Dig. *de fond. et demonst.*

[2] L. 32, § 1, *de leg.* 2°.

[3] Cette opinion de Troplong est une erreur manifeste. L'avis contraire de Grenier doit être adopté, quoiqu'il repose sur une explication inexacte. Dans l'hypothèse telle qu'elle est formulée par Troplong, savoir que Pierre est propriétaire de l'immeuble, mais sous la condition résolutoire de le rendre à Jacques, si ce dernier parvient à sa vingt-cinquième année, Jacques n'a encore aucun droit actuel ni conditionnel de propriété, et sous ce point de vue, l'immeuble n'est pour lui que chose future ou à venir, lorsque la condition de l'âge s'accomplira. C'est une question de temps subordonnée en outre à la condition : « s'il vit encore lorsque le temps sera arrivé. » Dès lors Jacques ne pourra pas hypothéquer l'immeuble en même temps que Pierre, en vertu de la dispotion formelle du paragraphe de l'art. 2129.

(*Note de l'éditeur belge.*)

s'ensuivrait que toute condition résolutoire serait l'équivalent d'une condition suspensive, et que le législateur serait tombé dans un pléonasme inutile; tandis qu'au contraire il s'est servi de mots pleins de sens, et dont le but est de marquer la séparation profonde qui existe entre les conditions suspensives et les conditions résolutoires.

Concluons donc : ou l'on doit rejeter l'interprétation de Grenier et adopter celle que nous proposons, ou bien l'art. 2125 est dépourvu de portée dans ses premières dispositions.

469. C'est sous l'empire de ces préoccupations que Grenier a examiné la question de savoir, si celui qui a sur un immeuble un droit de réméré ou de rescison, peut l'hypothéquer. Il se détermine, comme de raison, pour la négative; mais nos principes nous conduisent à une opinion diamétralement opposée, et conforme à celle de Tarrible [1].

En effet, le vendeur à réméré a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition, un droit subordonné à l'exercice du droit de retour. Il peut donc constituer sur cet immeuble des hypothèques subordonnées à la même condition.

La cour de Besançon a cependant fait prévaloir l'opinion de Grenier, dans les considérants d'un arrêt du 22 novembre 1823. Elle se fonde sur le principe que le vendeur n'a pas la propriété de l'immeuble; que cette propriété réside tout entière sur la tête de l'acquéreur; que le vendeur à réméré n'a pas dans l'immeuble de droit suspendu par une condition, parce qu'il n'y a pas de droit en suspens dans un contrat fait sous une clause résolutoire.

Ces motifs me paraissent sans solidité. Qu'importe que la cour de Besançon prouve que la propriété réside sur la tête de l'acquéreur! Qui nie cette circonstance? Par cela seul que le vendeur à réméré n'a sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, on reconnaît qu'il n'est pas propriétaire et qu'il n'a qu'une *espérance* pour le devenir. Mais, d'après notre article, il n'est pas nécessaire d'être *actuellement propriétaire* d'une chose pour l'hypothéquer [2]. On peut l'hypothéquer, même quand on n'a sur elle qu'un droit suspendu par une condition. A moins qu'on ne veuille dire, avec Grenier, qu'en parlant de *conditions suspensives*, l'art. 2125 n'a entendu parler que de *conditions résolutoires*, et que les conditions résolutoires sont des conditions suspensives.

La cour de Besançon ajoute qu'il n'y a pas de droit en suspens, dans un contrat fait sous une condition résolutoire. Sans doute! à l'égard de l'acquéreur dont le marché est grevé d'une clause résolutoire, il n'y a rien de suspensif dans la convention. Il jouit, il cultive, il récolte, il agit, en un mot, comme propriétaire actuel. Mais l'acquéreur n'est pas le seul qui figure dans le contrat de vente à réméré. Il y a aussi le vendeur; et le simple bon sens dit que la clause qui, pour l'acquéreur, forme une disposition résolutoire, est en même temps, pour le vendeur, une disposition *suspensive*. L'acquéreur a promis au vendeur de lui rendre la chose, s'il exerce le réméré dans tel délai : c'est là pour le vendeur une condition suspensive. On n'a qu'à jeter les yeux sur le traité de Tiraqueau, *De retractu conventionali*, et l'on verra si, dans une foule de cas, il ne parle pas du droit de rachat comme d'un droit soumis à une condition, et, par conséquent, à une condition *suspensive*, puisque l'exercice en est *suspendu* par un événement futur [3]. Rien de plus ordinaire dans les contrats, que ce mélange de dispositions qui contiennent pour les uns des clauses résolutoires, et pour ceux-ci des conditions suspensives. Nous en avons vu un exemple au numéro précédent. De plus, examinée en elle, la condition résolutoire contient toujours quelque chose de *suspensif*. La résolution y est *suspendue*; elle dépend d'un événement futur qui peut la faire arriver. Mais il y a cette différence entre elle et la condition suspensive, que celle-ci sus-

---

[1] *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 5. Dalloz, v° *Hyp.*, *ubi supra*.

Quoi qu'en dise Troplong, l'opinion de Grenier continuera à prévaloir. Autant vaudrait dire qu'il est permis d'hypothéquer un immeuble quelconque sous la condition « si on l'acquiert. » Le vendeur à réméré n'a pas le droit conditionnel de propriété sur la chose, c'est l'acheteur qui a ce droit, et il suffit que ce soit celui-ci qui l'ait pour que l'autre ne puisse l'avoir en même temps; car tous deux ne peuvent pas être propriétaires ensemble, ce doit être l'un ou l'autre. Quand le vendeur exerce son droit de réméré, ce n'est pas sur sa propriété qu'il se fonde, c'est sur le pacte intervenu *de retrovendendo*.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Les mots *actuellement appartenant* de l'art. 2129 ne sont pas synonymes, en effet, de ceux-ci : *être actuellement propriétaire*. *Supra*, n° 468 *ter*, et *infra*, n° 510.

[3] § 1, glose 2, n°s 22, 30, etc.

pend *la disposition*, tandis que celle-là suspend *la résolution* [1]. Eh bien! ce droit de résolution qui est suspendu, ce droit de résolution qui peut faire rentrer la chose dans les mains du vendeur, si tel événement se vérifie, ce droit est un de ceux dont parle notre article; et l'hypothèque est très-possible sur l'immeuble affecté de cette clause au profit du vendeur.

Au reste, la cour de Besançon n'avait pas à traiter en thèse cette question : il ne s'agissait pas de savoir si le vendeur à réméré avait pu valablement hypothéquer l'immeuble sur lequel il avait action. Pareille convention n'était pas intervenue; la seule question du procès était de savoir si le vendeur à réméré avait pu vendre son action sans que ses créanciers ayant hypothèque générale, pussent se plaindre : ce qui était bien différent. On jugea, avec raison, que ces créanciers étaient sans qualité pour inquiéter le cessionnaire du vendeur; car la vente de l'action était vente d'une chose non atteinte par l'hypothèque; et quant à l'immeuble objet de cette action, l'hypothèque ne pouvait l'atteindre, puisque le débiteur ne l'avait pas fait rentrer dans son patrimoine (*supra*, n° 435). La condition à laquelle l'hypothèque était soumise ne s'était pas réalisée. Le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Besançon fut rejeté par arrêt de la cour de cassation du 22 décembre 1825. J'approuve (*supra*, n° 239) cette décision de la cour suprême; mais les considérants ne me paraissent pas tous irréprochables [2].

469 *bis*. L'héritier peut aussi concéder hypothèque éventuelle sur les biens qui pourront lui obvenir par le partage, mais qu'il possède encore par indivis. C'est ce que la cour de cassation a reconnu, quoique cependant par forme d'énonciation, dans un arrêt du 6 décembre 1826.

Ce que je dis d'un héritier s'applique à tout communiste quelconque.

Mais on conçoit que l'hypothèque ne peut dépasser la portion afférente par le partage. Le contraire avait lieu cependant dans le droit romain. Un fonds est commun entre Pierre et moi : je l'hypothèque. Malgré le partage intervenu plus tard, l'hypothèque subsistera indivisément sur la totalité de l'héritage, d'après les lois romaines [3], qui, se fondant sur la subtilité du droit, ne voulaient pas que le créancier qui avait un droit sur tout l'héritage, pût le perdre par le partage. « Illud tenendum est, si quis » communis rei partem *pro indiviso* dederit » hypothecæ, divisione facta cum socio, non » utique eam partem creditori obligatam » esse quæ ei obtingit, qui pignori dedit; » sed utriusque pars *pro indiviso*, pro *parte* » *dimidia* manebit obligata. »

En France ces lois ne sont pas suivies; on y tient depuis longtemps pour maxime qu'après le partage, l'hypothèque est fixée à la portion échue au débiteur [4]. Il n'est pas juste que l'héritage de tous soit saisi pour la dette d'un seul; c'est ce qui résulte de l'art. 2205 du Code civil [5].

470. Je viens d'examiner le sort de l'hypothèque, quand elle se lie à un immeuble sur lequel le droit du propriétaire est *suspendu* ou *résoluble*.

Pour compléter cette matière, j'anticiperai sur l'art. 2132, et puisque j'ai parlé de conditions, j'examinerai le sort de l'hypothèque quand elle se lie à une obligation conditionnelle ou résolutoire, ou à terme.

L'hypothèque, étant une convention accessoire à une obligation principale, doit en subir les modifications. Si l'obligation principale est pure et simple, l'hypothèque le sera aussi. Si l'obligation est conditionnelle, l'hypothèque sera subordonnée à la même condition.

Mais ceci exige quelques développements.

Une obligation peut être à terme ou conditionnelle.

470 *bis*. Voyons ce qui concerne le terme.

Comme le terme ne suspend pas l'obligation, et qu'il retarde seulement le payement, l'hypothèque portée au contrat aura tout son effet du jour même de ce contrat. La raison en est que l'obligation prend naissance à la

---

[1] Cette remarque a été faite par Ricard, dans son *Traité des dispositions conditionnelles*.

[2] Je reviens sur cette question dans mon *Comm. de la vente*, n° 760, et j'y réfute un arrêt de Bordeaux, 5 janvier 1833, qui suit l'opinion de Grenier.

[3] L. 6, § 8, Dig. *comm. divid.* L. 7, § dernier, *quib. modis pignus*. L. 3, § dernier, Dig. *qui potior*.

[4] Je retrace les vicissitudes de ce point de droit dans mon *Comm. de la vente*, n°s 11, 177, et 207.

[5] Grenier, n° 159. Le Code hollandais a érigé cette opinion en loi. L'art. 1243 est ainsi conçu : « La part indivise dans un immeuble commun peut être grevée » d'hypothèque. Après le partage de l'immeuble, l'hypothèque n'affectera que la partie échue au débiteur qui » l'a consentie, hors le cas d'exception énoncé en l'article 1403. » Cet art. 1403 correspond à la première partie de l'art. 1167 de notre Code civil. (*Revue étrangère*, par Fœlix, t. 1, p. 647.)

date du pacte intervenu entre les parties, et que l'hypothèque, étant un accessoire de l'obligation principale, naît précisément avec elle, à moins de clauses contraires [1].

Cependant il y a une exception à cette règle.

Lorsqu'on obtient un jugement portant reconnaissance d'écriture d'une obligation sous seing privé avec terme, ce jugement, d'après les principes stricts, devrait produire hypothèque générale sur-le-champ, pour sûreté de l'obligation.

Mais on a vu ci-dessus (n° 443) qu'une loi spéciale, celle du 3 septembre 1807, en a décidé autrement; j'en ai fait connaître les motifs.

471. Je passe à ce qui concerne les conditions.

Parmi les très-nombreuses espèces de conditions, on distingue principalement les conditions suspensives et les conditions résolutoires. Ce sont celles dont il est seulement nécessaire de s'occuper ici.

La condition suspensive est ainsi appelée parce qu'elle suspend l'obligation.

Lorsque la condition suspensive est pendante, l'obligation est suspendue.

Lorsqu'elle arrive, l'obligation se vérifie, et, par un effet rétroactif, elle est censée avoir été pure et simple dès le commencement.

Lorsqu'elle manque, l'obligation manque avec elle, et c'est comme s'il n'avait jamais été contracté d'obligation.

Ce sont ces différents effets des conditions que Cujas a exprimés dans cette phrase remarquable par sa concision pleine de sens, « conditio est causa apposita legato, qua » existente legatum debetur, deficiente per- » imitur, suspensa suspenditur. »

482. Reprenons ces trois effets.

Lorsque la condition est encore pendante, l'obligation n'est pas encore née : le créancier n'a qu'une simple espérance, il n'y a pas encore de droit.

L'hypothèque reste donc suspendue de même que l'obligation.

Mais comme, malgré l'effet suspensif, le créancier peut prendre toutes les mesures conservatoires [2] de ses droits, il suit nécessairement de là qu'il pourra prendre inscription, parce que l'inscription n'est autre chose qu'un acte conservatoire [3].

C'est ce que le Code civil a reconnu en termes positifs. L'art. 2132, que j'analyserai plus tard, dit que, *si la créance est conditionnelle pour son existence*, le créancier pourra requérir inscription.

Ainsi, si je stipule que vous me payerez 20,000 francs, sous l'hypothèque de l'immeuble Cornélien, si tel bâtiment, qui vous apporte des fonds, arrive des Indes, je puis prendre inscription dès le jour du contrat, pour sûreté du payement de la somme.

Si le bâtiment arrive, l'obligation devient pure et simple, et l'obligation rétroagit au temps de la convention, et mon inscription subsiste dans toute sa force.

Mais si le bâtiment n'arrive pas, parce qu'il fait naufrage aux Indes, alors il n'y a plus d'obligation, et mon inscription devient sans effet; car, *resoluto jure dantis, resolvitur jus et accipientis* [4].

Ces principes paraissent simples, mais ils se compliquent souvent de circonstances qui donnent lieu à des exceptions, et apportent dans l'application de nombreux embarras.

Pour résoudre ces difficultés, il faut faire une distinction entre les conditions casuelles, les conditions potestatives et les conditions mixtes.

Je suppose qu'on connaît la définition de ces trois genres de condition.

473. Lorsque la condition est casuelle, c'est-à-dire qu'elle dépend du hasard, elle produit toujours un effet rétroactif. « Si » conditio est casualis, existente conditione, » obligatio retrotrahitur, » dit Bartole, sur la loi *qui balneum*, D. *qui potior in pign.* [5].

Voet s'en explique clairement : « Sed et secundo observandum, non existentis dici aut conditionis principali obligationi adjectæ, *sed hypothecæ constitutæ tempus inspiciendum esse, si modo ea principali obligationi inveniatur apposita, quæ invito debitore impleri potest* [6]. »

Ainsi, par exemple, si l'héritier donne

---

[1] Voet, lib. 20, tit. 4, n° 30. L. 1, Dig. *qui potior*. Grenier, n° 21.

[2] Ricard, *Disp. cond.*, n° 185.

[3] *Supra*, nos 365, 443 *bis*, art. 2132.

[4] Jamais cette maxime ne fut plus faussement appliquée. L'hypothèque cesse d'exister dans ce cas, parce qu'il n'y a pas d'obligation principale, par l'inaccomplissement de la condition sous laquelle elle était contractée.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[5] Ferrières, Cout. de Paris, art. 170, § 1, n° 28. Cujas, sur la loi *qui balneum*, Dig. § 1, *qui potior*.

[6] Liv. 20, tit. 4, n° 30.

hypothèque sur ses biens pour les legs qui sont dus sous condition, il ne pourra hypothéquer ces mêmes biens à des tiers, au préjudice des créanciers des legs, en sorte que si la condition se réalise, les légataires qui auront pris inscription dès le jour de la constitution d'hypothèque, seront préférés aux créanciers postérieurs. Car, pour juger de l'existence légale de l'hypothèque, il ne faut pas considérer le jour où la condition casuelle est arrivée, mais le jour du contrat. Cet exemple est donné par Voet, *loc. cit.* Il est tiré de la loi 9, § 2, D. *qui potior*.

Ainsi encore, Pierre donne hypothèque sur ses biens, moyennant une condition casuelle, d'où dépend l'obligation principale. Jacques, son créancier, prend inscription avant l'échéance de la condition. Postérieurement, Pierre hypothèque purement et simplement ses biens à François, qui prend inscription; et quelque temps après, la condition se vérifie. Vainement François voudrait-il prétendre la préférence sur Jacques, sous prétexte que le droit de ce dernier dépendait d'une condition qui ne s'est vérifiée que postérieurement à son inscription. Car la condition, en se vérifiant, a donné un effet rétroactif à l'obligation conditionnelle: « Quia conditio existens perinde habetur ac » si illo tempore, quo stipulatio interposita » est, sine conditione facta esset [1]. »

474. Mais si l'obligation dépendait d'une condition potestative, alors l'hypothèque ne rétroagirait pas : elle prendrait seulement naissance du jour de l'accomplissement de la condition.

« Si conditio est casualis, existente con» ditione, obligatio retrotrahitur, *secus, si est potestativa,* » dit Bartole, sur la loi 9, D. *qui potior*.

C'est d'après cette seconde règle que Basnage a dit : « Si vous vous obligez de me » payer 100 écus, lorsque vous irez à Paris, » en ce cas, comme il est en votre liberté » d'y aller ou de n'y aller pas, et que l'effet » de cette promesse dépend de votre seule » volonté, et qu'il est en votre pouvoir de » me payer ou de ne me payer point, parce » que vous n'êtes obligé qu'en cas que vous » alliez à Paris, cette obligation ne com» mence d'être que du moment que la con» dition est avenue, et, par conséquent, ne » pouvant avoir un effet rétroactif, l'hypo» thèque ne commence de naître que de ce » temps-là, l'obligation conçue en ces ter» mes-là n'ayant non plus de force que si » l'on avait parlé en cette manière, *cum* » *volueris, aut si volueris* [2]. »

A ces autorités, je ne puis m'empêcher de joindre celle de Cujas et celle de Voet.

La première dit [3] :

« Pignus recte contractum est, licet non» dum cœpisset deberi ex stipulatione, » quando certum erat debitum iri si existe» ret conditio, nec poterat *promissor* suo » facto stipulationem infirmari, vel condi» tioni afferre impedimentum, videlicet si » erat conditio collata in casum vel *in potes*» *tatem stipulatoris,* non in potestatem pro» missoris; nam si in *potestate promissoris,* » non ante intelligitur contracta pignoris » obligatio, quam ipse promissor conditio» nem impleverit; et cui res ante conditio» nem impletam fuerit obligata, *is potior* » *erit.* Sed si fuerit *casualis* vel *in potestate* » *stipulatoris*, pignoris obligatio *ab initio* » consistit, et posteaquam exstiterit condi» tio, perinde erit atque si pure concepta » stipulatio fuisset. »

Le second s'explique ainsi [4] :

« Quod si ex adverso ea obligationis, cui » dies aut conditio adjecta fuit, natura sit, » ut invito debitore nasci nequeat, contra » dicendum fuerit, eum potiorem fore, cui » pignus tempore posteriore pro debito puro » constitutum, antequam conditio prioris » obligationis exstitisset; veluti, si cum alio » ante convenerit, ut, *si ab eo pecunia acci*» *peretur, res ei obligata esset*, et forte prius» quam numeraretur, alii res pignori data » sit. Poterat enim is, qui ita priori pignus » obligaverat, non accipere ab eo pecuniam, » ac sua habebat in potestate, an accipiendo » se ei obstringat, adeoque, eo invito, ne» que conditio impleri potuisset neque de» bitum nasci (l. 1, § 1, l. 9, § 1, l. 11, » *qui potior*). Quinimo ante numerationem, » tempore medio, neque pura neque con» ditionalis obligatio principalis suberat, » sed tantum spes fore ut principaliter con» traheretur, *ac proinde necesse erat pignus* » *quoque inane esse*, quippe quod, sine pura

[1] Voet, liv. 20, tit. 4, n° 30.
[2] *Hyp.*, chap. 11. Arg. de l'art. 1174 du Code civil. Il n'y a d'obligation valable que lorsque la condition est remplie. Voy. *infra*, n° 589.

[3] Sur la loi *balneum*, Dig. *qui potior*, § 1.
[4] N° 30.

» aut conditionali obligatione præcedente, » subsistere non poterat... Nec supra dictis » adversatur responsum Papiniani in l. 1, » *qui potior*. Cum ibi facti species proponatur, » qua alius pro muliere dotem promiserat, » et cum dotem reddi pactus esset, in » restitutionis securitatem pignus a marito » constitutum fuerat; quo casu, licet prima » facie videri posset, in arbitrio mariti esse, » an et quousque dotem accipiendo velit de » dote reddenda obligatus esse, exemplo » ejus cui pecunia ex mutuo numeranda » erat; contra tamen placuit eum non posse » dotem promissam non acceptare; neque » enim marito permittendum erat id efficere, » ut mulier minus dotata sit, atque ita » non suo tantum juri sed et uxoris favori » renuntiare : unde cum hæc obligatio talis » esset, ut invito marito nasci posset, merito » ex ipso pignore constitui momento, jus » prælationis pro dote tributum fuit. *Donell.*, » *De pignorib...*, cap. 12, vers. *prioris autem* » *generis* [1]. »

On voit par tout ceci quel est le fondement de cette doctrine. C'est que, l'obligation principale étant nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (art. 1174 du Code civil), l'hypothèque qui lui est accessoire est nulle également; *inane est pignus*, dit Voet. Ce n'est que lorsque la condition vient à s'accomplir, qu'alors il commence à y avoir un contrat sérieux; ce n'est donc aussi que dès ce moment que l'hypothèque prend naissance.

475. Quant aux conditions mixtes, elles sont assimilées aux conditions casuelles [2]. Elles produisent, par conséquent, un effet rétroactif.

Telle est, entre autres, la doctrine du savant Hofacken, professeur de l'université de Tubinge [3]. « Conditione vero obligationi » principali adjecta, si quidem potestativa » est, ante existentiam ejus, efficax non fit » pignoris constitutio : sin casualis vel *mixta* » *sit*, efficaciam pignus habet ex tempore » initæ conventionis [4]. »

476. Ces principes servent à résoudre les difficultés, qui se présentent dans la pratique, sur la naissance des hypothèques, dans les obligations conditionnelles.

Merlin, *Questions de droit*, v° *Hypothèque*, § 3, pose la question suivante :

« Quel est l'effet de l'inscription hypothécaire » prise par Titius, sur un contrat » passé devant notaires, entre lui et un manufacturier, » par lequel il s'est obligé de » fournir à celui-ci des matières brutes que » le manufacturier s'est obligé, de son côté, » de fabriquer pour le compte de Titius, en » lui affectant un immeuble pour sûreté des » matières, jusqu'à la concurrence d'une » somme déterminée? »

Après avoir hésité sur cette difficulté dans une première édition des *Questions de droit*, Merlin convient, dans sa troisième édition, qu'il s'est trompé, et il décide que, dans cette espèce, l'hypothèque a pris naissance au jour de la convention. On doit en effet approuver cette solution [5].

---

[1] Je reviendrai, *infra*, n° 579, sur ce texte de Papinien.

[2] Basnage, chap. 12. Grenier, n° 25.

[3] *Principia juris*, n° 1206.

[4] *Quest. de droit* de Merlin, v° *Hyp.*, col. 2, p. 398, *ad notam. Infra*, application de cette règle, n° 580.

[5] Troplong adopte peut-être trop légèrement cette opinion nouvelle de Merlin. Ce n'est pas du jour du contrat ou de la convention que peut dater rétroactivement l'hypothèque dans ce cas, parce que l'hypothèque n'est stipulée que pour la garantie des matières qui seront livrées au manufacturier, et nullement pour l'exécution de l'obligation principale intervenue entre les parties. L'hypothèque n'a d'effet qu'à dater de la délivrance des matières au manufacturier, parce que ce n'est qu'alors que naîtra l'obligation de garantie, pour laquelle seule l'hypothèque est stipulée. Il n'est pas permis d'acquérir hypothèque dès à présent, pour des obligations à futur qu'il est au pouvoir du débiteur de prendre ou de ne pas prendre; or, c'est ici le cas, quoi qu'en dise Troplong; quoique, par l'effet de l'obligation principale intervenue, qui est un contrat de louage d'ouvrage et d'industrie, le manufacturier soit dès à présent obligé de manufacturer les matières qui lui seront fournies, ce n'est cependant pas à cette obligation qu'est attachée l'hypothèque stipulée. De manière que son refus de recevoir la délivrance de matières, pour les manufacturer, n'entraînerait de sa part qu'une charge et obligation personnelle, et nullement hypothécaire. Il devient donc palpable que par ce refus, tout contraire qu'il soit à son obligation, et à quelque responsabilité qu'il l'engage, le manufacturier, débiteur de l'obligation accessoire hypothéquée, qui est la garantie des matières livrées, peut empêcher, par son fait, cette obligation de naître : la condition tacite *si la livraison a eu lieu* est donc réellement potestative dans la volonté du débiteur. Il n'y a donc pas de différence entre cette hypothèse de Merlin et l'espèce rapportée par Voet, que Troplong cite plus bas, d'un cabaretier ayant hypothéqué sa maison pour sûreté de livraisons de bières qui lui seraient faites par un brasseur. Si dans l'espèce de Voet, l'obligation du cabaretier d'accepter les bières existait en vertu d'un contrat de vente intervenu, il en aurait été autrement, à la vérité; mais c'est qu'alors aussi l'hypothèque aurait frappé sur l'obligation résultant de ce contrat parfait et conclu, tandis que dans l'hypothèse de Merlin, il est impossible de rattacher la stipulation d'hypothèque au contrat conclu de louage d'ouvrage et d'industrie; elle se restreint à la garantie des matières

C'est que, dans cette convention, l'hypothèque n'est soumise qu'à cette seule condition : *si Titius, créancier, livre les marchandises au manufacturier*. Or, cette condition, quoique potestative à l'égard de Titius, ne rend pas l'obligation nulle. Car Titius n'est pas le débiteur, et, d'après l'art. 1174 du Code civil, l'obligation n'est infectée de nullité qu'autant qu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige [1]. Ici, celui qui s'oblige, c'est-à-dire le manufacturier, est forcé de recevoir les marchandises. Il y a un *vinculum juris*, dont il ne peut s'affranchir. Donc, Titius aura pu prendre inscription sur lui dès le moment du contrat.

477. Mais par quel moyen le créancier, qui a fait les envois de marchandises, en justifiera-t-il le montant à l'égard des tiers? faudra-t-il qu'il constate les livraisons par des actes authentiques? Pourra-t-il les prouver par des actes sous seing privé?

Persil pense que la justification doit se faire par acte authentique. Grenier est incertain sur la question [2]. Mais c'est mal à propos qu'il cite Merlin comme conforme à l'opinion de Persil. Car cet auteur, revenant de sa première doctrine, enseigne positivement, dans la troisième édition de ses *Questions de droit*, que la justification peut se faire par des *actes sous seing privé*. « La loi, » dit-il, exige l'authenticité dans le titre » constitutif de l'hypothèque, mais elle se » borne là, et pour étendre sa disposition » jusqu'aux pièces nécessaires pour régler et » liquider la créance ainsi hypothéquée, il » faudrait être législateur. » Je renvoie à ce que je dirai sur cette question sur l'art. 2127 (n° 508).

478. Que doit-on décider dans l'espèce suivante?

Pierre, banquier à Paris, promet à Jacques de lui ouvrir un crédit de 100,000 francs, et Jacques s'oblige par acte authentique à lui fournir une hypothèque spéciale jusqu'à concurrence des valeurs fournies [3]. De quel jour doit compter l'hypothèque? est-ce du jour du contrat, ou seulement des époques successives auxquelles ont été effectuées les avances promises [4]?

Cette stipulation d'hypothèque est évidemment soumise à la condition, *si Jacques qui en est débiteur fait usage du crédit*.

Or, c'est là une question potestative de la part du débiteur : donc l'accomplissement de la condition ne pourra pas produire d'effet rétroactif : donc l'hypothèque ne prendra naissance qu'au fur et à mesure de payements réalisés [5] ; ou bien si celui à qui le crédit a été ouvert en a usé en tirant des lettres de change, l'hypothèque ne se réalisera qu'au fur et à mesure des présentations à l'acceptation, qui font cesser la condition potestative et produisent un lien de droit définitif.

La loi 11 au D. *qui potior*, en contient une décision formelle [6]. « Potior est in pi» gnore qui prius credidit pecuniam et ac» cepit hypothecam, *quamvis cum alio ante* » *convenerat ut si ab eo pecuniam acceperit*, » *sit res obligata, licet ab hoc postea accepit :* » poterat enim, licet ante convenit, non » accipere ab eo pecuniam. »

Aussi Voet rapporte-t-il qu'il a été décidé par les jurisconsultes de Hollande, qu'un cabaretier ayant hypothéqué sa maison pour sûreté de livraisons de bières qui lui seraient faites par un brasseur, l'hypothèque ne prenait rang que du jour où le cabaretier avait reçu les livraisons, et au prorata de leur valeur [7].

Il suit de là que, si le débiteur de l'hypothèque, avant de faire usage du crédit à lui offert, hypothéquait son bien à d'autres créanciers qui prissent sur-le-champ inscription, ces nouvelles hypothèques seraient préférables, et le débiteur ne pourrait les rendre sans effet en usant postérieurement de son crédit [8].

Par exemple,

---

livrées et non pas à l'obligation du manufacturier de recevoir ces livraisons et d'en opérer la fabrication.
(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] *Supra*, n° 474, texte de Cujas et de Voet.

[2] Grenier, n° 27.

[3] Une hypothèque peut être valablement consentie pour sûreté d'un crédit ouvert à celui qui consent l'hypothèque. (Code civil, art. 2117 et 2132.) Rouen, 9 mars 1830. *Sic*, Merlin, *Quest.*, v° *Hyp.*, § 3, n° 2; Toullier, t. 6, n° 546; Grenier, t. 1, n° 26; Duranton, t. 19, n° 244; Championnière et Rigaud, *Droit d'enreg.*, t. 2, n° 934; Zachariæ, t. 2, § 266, note 21; Coulon, t. 3, p. 220, dial. 110. — *Contra*, Delvincourt, t. 8, p. 58; Battur, t. 2, n° 283.

[4] Voy. *infra*, n° 656 *bis*.

[5] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, § 3, n° 2. Sirey a aussi traité cette question dans son volume 14, 2e part., p. 58. Mais il faut se tenir en garde contre l'interprétation qu'il donne de la loi 1, Dig. *qui potior*, dont on a vu le sens d'après Voet, *supra*, n° 474.

[6] *Pand.* de Pothier, t. 1, p. 569, n° 3, et les notes.

[7] Ad Pand., *qui potior*, n° 30.

[8] Toullier, liv. 3, tit. 3, chap. 4, n° 546. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 406, col. 1. Dalloz, v° *Hyp.*,

Pierre m'ouvre un crédit de 100,000 fr. par un contrat authentique du 25 mars 1826, et je lui promets une hypothèque sur ma terre du *Val d'Enfer*. Pierre fait inscrire son hypothèque le 25 mars 1826.

Avant que je fasse usage de ce crédit, j'hypothèque la même terre à Caïus, qui prend inscription le 1er avril 1826. Je ne reçois des sommes d'argent de Pierre qu'en juin même année. Nul doute que l'inscription de Caïus ne le rende préférable à Pierre, lequel n'a pu prendre d'inscription valable qu'à compter des payements par lui réalisés.

479. Grenier [1] pense cependant qu'il n'est pas exact de dire que l'hypothèque n'a commencé que du moment où j'ai puisé dans la caisse de Pierre, et que cette hypothèque doit remonter au jour du contrat. Car, dit-il, *le banquier qui ouvre le crédit est obligé d'en fournir le montant à son correspondant*, et il cite la loi *qui dotem*, 1, D. *qui potior*.

Mais Grenier oublie ici les principes qu'il a si bien professés [2], c'est-à-dire que quand l'obligation est soumise à une condition potestative de la part du débiteur de l'hypothèque, l'hypothèque ne commence que du jour de l'accomplissement de la condition. Or, il est certain que le correspondant n'a promis hypothèque que sous la condition potestative de sa part qu'il ferait usage du crédit. Il faut attendre que la condition se réalise par des payements effectifs, ou par la présentation de lettres de change à l'acceptation, ou de toute autre manière équivalente, pour que l'hypothèque prenne naissance.

Qu'importe que le banquier soit obligé? Ce n'est pas lui qui est débiteur de l'hypothèque. Il en est au contraire le créancier. Grenier me paraît confondre ici deux personnes, qu'il faut soigneusement distinguer l'une de l'autre.

Quant à la loi *qui dotem*, 1, au D. *qui potior*, qu'il me permette de dire qu'il n'en a pas bien apprécié l'esprit. Le débiteur de l'hypothèque sur la validité de laquelle Papinien avait à se prononcer, était obligé, formellement et sans condition potestative, à recevoir la dot pour laquelle il avait promis hypothèque. On peut voir l'interprétation que Voet donne à cette loi, d'après la commune opinion. J'ai rapporté plus haut ses propres expressions [3].

Grenier me semble aussi dans l'erreur lorsqu'il croit que l'arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 1814, qu'on trouve rapporté tout au long aux *Questions de droit*

---

t. 17, p. 242 et suiv. Ancienne jurispr., Domat, liv. 3, tit. 1, sect. 1, art. 4. Pothier, *Hyp.*, chap. 1, sect. 2, § 3. — Dans le cas de stipulation d'hypothèque pour sûreté d'un crédit ouvert, le créancier doit être colloqué à la date de l'inscription par lui prise, pour toutes les sommes fournies ultérieurement en vertu du crédit : la réalisation du crédit fait remonter l'hypothèque au jour de l'inscription. Les payements effectués peuvent, en ce cas, être prouvés, même vis-à-vis des tiers, par les livres des parties, surtout entre négociants; il n'est pas nécessaire à cet égard d'actes authentiques ou ayant date certaine. (Douai, 17 déc. 1833. Pardessus, no 1137; mais *voy.* Pothier, *Hyp.*, chap. 1er sect. 2, § 3.)

L'hypothèque consentie pour l'ouverture d'un crédit peut être opposée aux tiers à dater du jour de l'inscription, quand même les avances auraient été faites postérieurement à cette époque. (Liége, 22 juin 1823; Paris, 20 août 1841 et 30 mars 1842.)

Il en est ainsi, alors même que, par une clause de l'acte portant ouverture du crédit, le créditeur s'était réservé la faculté de n'escompter que les valeurs qu'il jugerait à *satisfaction*. (Code civil, art. 1168, 1173, 2114, 2132. *Voy.* l'arrêt cité de la cour de Paris du 30 mars 1842.)

Dans le cas même d'un crédit ouvert avec hypothèque inscrite pour sûreté de ce crédit, le crédité peut employer le crédit au payement jusqu'à due concurrence d'une dette antérieure envers le créditeur, et dans ce cas, toute inscription prise ultérieurement par les créanciers du crédité est primée par l'inscription du créditeur, bien qu'elle ait été prise avant l'emploi ainsi fait du crédit. (Aix, 29 mai 1841.)

L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, s'applique à une créance garantie par des billets qui ont été souscrits par le crédité depuis l'ouverture du crédit, bien que ces billets aient été acceptés par le créditeur en échange d'autres billets échus et qui avaient été souscrits antérieurement à l'ouverture du crédit. (Caen, 24 mai 1842.)

Un banquier qui ouvre un crédit à un correspondant jusqu'à concurrence d'une certaine somme peut valablement stipuler, en observant d'ailleurs toutes les formes prescrites par la loi, qu'il aura une hypothèque à compter du jour où le crédit est ouvert, et avant celui où la somme a été réellement fournie. L'hypothèque ne peut subsister sans obligation; mais elle peut subsister sans créance encore née, pourvu qu'elle se lie à une obligation principale déjà existante. *Contractus claudicare non debet* (Persil, *Quest. sur les priv. et hyp.*, t. 1er, p. 64. *Voy.*, pour un cas analogue, cass., 2 déc. 1812; Delaporte, 2e édit. sur l'art. 2132, Code civil; Caen, 11 août 1812; Rouen, 24 avril 1812.) Mais l'hypothèque donnée à une personne pour sûreté des deniers qu'elle prêtera dans la suite est nulle, comme ayant pour cause une obligation potestative. *Voy.* 1170 et 1174. (Colmar, 18 avril 1806; Toullier, t. 6, no 546. *Voy.* sur la matière, *Quest. de droit*, vo *Hyp.*, § 3, et *J. de Br.*, 1824, 2e, p. 290, et 1817, 2e, p. 219.)

[1] Grenier, no 296. Joignez Persil, *Quest.*, chap. 1; Favard et Rolland de Villargues, dans leurs *Répert.* vo *Hyp.*; Pardessus, t. 2, no 1345.

[2] Grenier, no 23.

[3] No 474, et Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 569, no 2, et la note.

le Merlin [1], est tout à fait décisif en faveur de son opinion.

Dans l'espèce de cet arrêt, Manoury avait ouvert un crédit de 100,000 francs au sieur Bonvoisin, qui lui avait hypothéqué son domaine de *Belle-Étoile*. Le 6 mai 1808, inscription au bureau des hypothèques.

Bonvoisin tire des lettres de change, qui sont acquittées par Manoury, jusqu'à concurrence de 97,208 francs.

Ce n'est que le 13 octobre 1808 que Bonvoisin consent des hypothèques à des tiers sur le domaine de Belle-Étoile.

Bonvoisin étant tombé en faillite, ces nouveaux créanciers prétendirent que Manoury était sans droit, et que son hypothèque était nulle, par la raison qu'à l'époque où elle avait été inscrite, le contrat n'était obligatoire pour aucune des parties.

Ce système fut successivement proscrit par la cour de Caen et par la cour de cassation.

Et il devait l'être nécessairement, puisqu'à l'époque où les nouvelles hypothèques avaient été créées le débiteur avait fait usage de son crédit, et procuré par conséquent l'accomplissement de la condition potestative. Ainsi l'hypothèque de Manoury avait eu une existence légale avant que le droit des hypothèques postérieures fût encore né [2].

Il ne faut pas se dissimuler cependant que les motifs donnés par la cour de Caen et par la cour de cassation rentrent dans le système de Grenier. Ces deux cours font abstraction de ce fait décisif, savoir, que la numération des deniers avait précédé l'hypothèque conférée aux tiers. Elles raisonnent comme si le contrat eût produit un lien de droit, non-seulement pour le prêteur, mais encore pour l'emprunteur, quand même celui-ci n'aurait pas encore fait usage de son crédit! Mais, à mon avis, les principes s'opposeront toujours à de pareilles assertions.

480. Quelques esprits rigides [3] ont prétendu que l'inscription, étant prise avant les payements qui seuls forment entre le prêteur et le débiteur le lien hypothécaire, devait être annulée comme prématurée. En effet, ont-ils dit, l'inscription n'est qu'une mesure conservatoire. Or, comment peut-on conserver une hypothèque qui n'a pas encore d'existence, pas plus que l'obligation dont elle est l'accessoire? Car d'après l'article 1174 du Code civil, toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

Néanmoins il faut répondre que l'inscription est valable. La nullité dont il s'agit dans l'art. 1174 n'est pas radicale et absolue. La preuve en est que si celui qui s'oblige remplit la condition, le contrat a toute sa force, et il n'est pas nécessaire de passer un nouvel acte. Il y a un lien de droit, qui confirme le contrat, du jour où celui qui s'oblige a accompli la condition. La nullité est couverte, et il n'est plus temps de l'opposer.

L'inscription sera protégée par les mêmes raisons. Elle sera l'accessoire d'une obligation hypothécaire qui ne sera plus attaquable dès le moment que le lien de droit sera formé.

D'ailleurs qui pourrait s'en plaindre? il n'y aurait que les tiers. Mais où serait leur intérêt? Car nous convenons que l'inscription ne doit prendre rang que du jour où l'obligation a été purifiée et confirmée.

Or, de deux choses l'une : ou ces tiers ont obtenu hypothèque avant l'événement de la condition potestative, où ils l'ont obtenue après.

S'ils l'ont obtenue avant, leur hypothèque inscrite prend la préférence sur celle du créancier sous condition potestative.

S'ils l'ont obtenue après, comme le lien de droit était formé avant la constitution de leur hypothèque, ils ne peuvent pas se plaindre d'une inscription qui leur a fait connaître l'hypothèque valable qui les primait.

480 *bis*. A l'égard des conditions *résolutoires* qui affectent les obligations, j'ai peu de chose à en dire d'après ce que j'ai fait connaître ci-dessus (nos 468 *ter* et suiv.) de ce genre de conditions. Je me borne à ajouter ici que, lorsqu'elles arrivent pour résoudre l'obligation, elles résolvent en même temps l'hypothèque qui était l'accessoire (art. 2180, *infra*).

[1] *Voy.* aussi Dalloz, vo *Hyp.*, t. 17, p. 254 et suiv., *passim*.

[2] C'est ainsi que Merlin interprète cet arrêt.

[3] Delvincourt, t. 8, p. 58, no 3. Battur, t. 2, no 283.

ARTICLE 2126.

Les biens des mineurs, des interdits, et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en vertu de jugements.

SOMMAIRE.

481. Les biens des mineurs sont soumis à l'hypothèque judiciaire. Raison de cela.
482. Ils sont aussi soumis à l'hypothèque légale.
483. Mais ils ne peuvent être grevés de l'hypothèque conventionnelle que dans certains cas et suivant certaines formalités. Droit romain. Droit français. Du mineur émancipé.
484. Les mineurs marchands autorisés peuvent hypothéquer librement leurs biens.
485. Des interdits. Des prodigues.
486. Des envoyés en possession provisoire des biens de l'absent.
487. De la ratification en majorité des actes nuls passés en minorité. L'hypothèque date-t-elle du contrat nul, ou seulement du jour de la ratification?
488. État des choses par le droit romain. La nullité pour défaut d'assistance du curateur du pubère ou d'intervention du décret était une nullité *ipso jure*.
489. Néanmoins la ratification tacite provenant du silence gardé pendant cinq ans, validait l'acte *ab initio*, et lui donnait effet, même à l'égard des tiers, comme s'il eût été valable dans l'origine. Il en était de même par la ratification expresse. Raison de cet effet rétroactif.
490. Arrêt du parlement de Paris qui décide la question dans le même sens. Arrêts contraires. Diversité d'opinions parmi les auteurs.
491. Résolution de la question sous le Code civil. Contrariété d'avis entre Grenier d'une part, et Merlin et Toullier de l'autre.
492. Si un acte passé en minorité sans autorisation est nul *ipso jure* par le Code civil ou sujet à rescision. Opinion de Merlin combattue.
493. Quoique la nullité soit *ipso jure*, n'étant que *relative*, la ratification produit un effet rétroactif à l'égard des tiers.
494. Objections réfutées.
495. La ratification produit en général un effet rétroactif. Exception en faveur des tiers.
496. Mais cette exception n'a lieu que lorsque l'acte ratifié est nul d'une nullité absolue, ou qu'il est fait *a non domino*.
497. *Secus* s'il s'agit d'une nullité relative.
498. Les anciens auteurs, en établissant que la ratification ne nuisait pas aux tiers, n'ont dit cela que dans le cas de nullités absolues ou d'actes faits *a non domino*. Erreur de Grenier à cet égard.
499. Réponse à une objection tirée de l'art. 1338, et à un arrêt de la cour de Nancy.
500. Tout ceci s'applique aux prodigues.
501. Et aux femmes mariées qui ratifient les actes souscrits par elles sans autorisation maritale. *Quid* dans l'ancienne jurisprudence?
502. Que doit-on penser d'une opinion de Grenier, qui pense que le silence gardé pendant dix ans par le mineur ne valide pas l'acte *ab initio* à l'égard des tiers?

COMMENTAIRE.

481. Les biens des mineurs, comme ceux des majeurs, sont soumis à l'hypothèque judiciaire, d'après la disposition finale de notre article. On n'a jamais douté de cette règle dans l'ancienne jurisprudence, et elle se trouvait même consignée dans les lois 3, § 1, D. *de reb. eorum qui sub tutela,* et dans la loi 7, § 10, D. *quib. ex causis.*

On sent aisément que dans cette matière on ne pouvait créer de priviléges pour le mineur; en effet, lorsque ses droits ont été débattus sous les yeux du juge, on n'a pas à craindre que la fraude ait abusé de son âge pour lui faire engager témérairement ses immeubles; sans cela personne ne voudrait traiter avec les mineurs [1].

482. Il n'y a pas de doute non plus que les biens du mineur ne puissent être frappés d'hypothèque légale; « diversum est, dit » Voet, si de pignore non conventionali, » sed legali quæstio fit, *quippe quo etiam* » *pupillaria bona gravari posse obtinuit* [2], » et c'est ce qui résulte de la loi 2, D. *de reb. eor.*, et de la loi 2, au D. *in quib. causis.*

[1] Cujas, Code, *si major factus alien.*

[2] Tit. *de reb. eor.*, n° 4.

483. Mais, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, la loi a dû environner le mineur de formalités protectrices pour le mettre à l'abri des piéges de la mauvaise foi.

D'après le droit romain, le tuteur de l'impubère ou le curateur du pubère ne pouvaient hypothéquer seuls les biens du mineur confié à leurs soins; il fallait l'intervention de l'autorité du magistrat [1].

A la vérité, dans des temps plus anciens, on voit, par des textes empruntés aux écrits du jurisconsulte Scævola, que les tuteurs ou curateurs avaient seuls le droit d'hypothéquer les biens des mineurs [2]. Mais l'empereur Sévère fit changer cet état de choses par un sénatus-consulte qui n'exigea d'abord l'intervention du magistrat que pour les héritages rustiques et suburbains. Plus tard, Constantin exigea que l'autorisation du magistrat fût requise pour tous les héritages quelconques, urbains ou ruraux [3].

Il n'y avait pas d'exception à cette obligation pour les mineurs émancipés. « Eos qui » veniam ætatis a principali clementia im» petraverunt vel impetraverint, non solum » alienationem, sed etiam hypothecam mi» nime posse sine decreti interpositione » rerum suarum immobilium facere jube» mus. » L. 3, C. *de his qui veniam ætatis.*

D'après le Code civil, art. 457, le tuteur (même le père ou la mère) ne peut hypothéquer les biens immeubles du mineur sans y être autorisé par un conseil de famille, et cette autorisation ne peut être donnée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

Le mineur émancipé n'a pas une plus grande liberté que le mineur non émancipé. D'après les art. 483 et 484 du Code civil, il ne peut hypothéquer ses biens qu'en observant les formalités imposées pour cela aux mineurs non émancipés [4].

L'ancienne jurisprudence française contenait à cet égard les mêmes dispositions [5].

484. Les mineurs marchands autorisés sont placés, par le Code de commerce, dans une position différente; par l'art. 6 de ce Code, ils peuvent seuls hypothéquer leurs immeubles [6].

485. Les interdits pour cause de fureur, démence, imbécillité, sont dans la même catégorie que les mineurs non émancipés (art. 509 du Code civil).

Ceux qui sont pourvus d'un conseil judiciaire ne peuvent hypothéquer leurs biens sans l'assistance de ce conseil (art. 499 et 513 du Code civil).

486. Quant aux absents, l'art, 128 du Code civil dit positivement que les parents qui jouissent des biens des absents, en vertu de l'envoi en possession provisoire, ne peuvent les hypothéquer.

Les tiers n'ont donc d'autre ressource que de prendre la voie d'actionner devant les tribunaux ceux qui jouissent des biens des absents par suite de l'envoi provisoire, et d'obtenir contre eux des jugements, qui imprimeront sur les biens l'hypothèque judiciaire [7].

487. Je passe à la question si importante et si controversée de savoir si, lorsqu'une hypothèque consentie par l'un des incapables que je viens d'énumérer, est ratifiée par lui lorsque son incapacité cesse, elle doit compter du jour de la ratification, ou bien si cette ratification produit un effet rétroactif, et valide le contrat à l'époque de sa date.

Pour se former des idées claires sur cette question, il faut d'abord examiner quel est le genre de vice que produit l'omission des formalités requises pour habiliter les conventions des incapables, dont il vient d'être question.

Occupons-nous d'abord des mineurs.

488. Il est indispensable de jeter, avant tout, un coup d'œil sur le droit romain.

Les lois romaines divisaient, comme l'on sait, la minorité en deux époques.

L'une, qui comprenait depuis la naissance jusqu'à quatorze ans pour les mâles, et douze ans pour les filles; c'était l'impuberté [8].

---

[1] L. 1, § 2, Dig. *de reb. eor. Pand.*, t. 2, p. 160, n° 1. Voet, *de reb. eor.*, n° 1 et 9.

[2] L. 47, § 1, *de minor.*, et 20, *de auct. tutor.* Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 160, note *a*. Voet, *loc. cit.*

[3] L. 22, C. *de administ. tutor.* Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 161, n° 4. Voet, *loc. cit.*, n° 1.

[4] Grenier, n° 37. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 411. *Contra*, Duranton, t. 2, n° 673.

[5] Pothier, *Orléans*, tit. 9, n° 23. Argou, t. 1, liv. 1, chap. 8.

[6] Grenier, n° 38. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 223.

[7] *Répert.*, v° *Hyp.*, sect. 2, § 3, art. 6, n° 2. Grenier, n° 40.

[8] L. fin., C. *quando tut. vel cur. esse des.* (v. 60). *Tit.* Inst., *quib. mod. tut. finitur.* (1, 22.) Ducaurroy, n° 263.

Pendant le temps de l'impuberté, le mineur était soumis à un tuteur. Il ne pouvait alors contracter aucune obligation, *même naturelle*, à moins cependant qu'il ne se fût enrichi [1]. Il était dans la double incapacité de conduire sa personne et de gérer ses biens [2].

L'autre époque commençait à la puberté et finissait à vingt-cinq ans. L'adulte mineur était censé capable de conduire sa personne; mais, en ce qui concerne ses biens, on ne présumait pas la même capacité, et il pouvait, sur sa demande, recevoir un curateur pour gérer sa fortune [3].

Quoique pourvu d'un curateur, le mineur pubère avait le pouvoir de s'obliger personnellement sans l'intervention de ce protecteur de ses intérêts. Il était lié par les contrats qu'il souscrivait.

« Puberes sine curatoribus suis possunt » ex stipulatu obligari, » 1, 101, D. *de verb. oblig.* [4].

Je dis *personnellement;* car, comme le fait observer Cujas, le curateur n'étant donné que pour les biens et pas pour la personne, on n'avait pas besoin de son intervention pour obliger la personne.

Mais le mineur ne pouvait disposer de *sa chose*, ni l'obliger, sans l'assistance du curateur; car c'était précisément pour veiller sur la chose que celui-ci était préposé. Aussi voyons-nous, par la loi *si curatorem habens*, C. *de in integ. restit.*, que le mineur ayant un curateur ne pouvait, sans son assistance, obliger ses biens [5].

Ainsi, ce serait une erreur de croire que par le droit romain, le mineur adulte pouvait s'obliger seul, valablement dans tous les cas, sauf la restitution en entier, s'il y avait lésion. Sans doute, s'il n'avait pas demandé la nomination d'un curateur, les actes qu'il avait passés seul n'étaient sujets qu'à rescision [6]. Mais lorsqu'il était dans les liens de la curatelle, il en était autrement. Il ne pouvait que contracter des obligations qui contenaient la simple prestation d'un fait personnel; quant à celles qui entraînaient la diminution de son avoir [7], elles étaient nulles; il n'était pas nécessaire que le mineur *se fît restituer;* il suffisait que le curateur ne fût pas intervenu.

« Fateor, dit Cujas [8], *res suas* puberem » non alienare sine curatoris auctoritate. » Nam curatori rerum administratio com» missa est; at *in personam puberis* curator » potestatem non habet : pubes enim *est suæ* » *tutelæ*, ideoque *de sua persona* promittere » potest sine curatore suo, *itemque nubere.* » (L. *sciendum*, D. *de ritu nuptiar.*) Similiter » puberi solvitur recte, sine tutoris aucto» ritate. Idem in judicio jusjurandum defert » sine curatore. (L. *nam postea*, § *si minor.*, » Dig. *de jure.*) Imo et mulieri *puberi*, tu» torem habenti, sine tutore solvitur recte, » auctore Tullio *in Topic.* Rursus puber » solvit et restituit sine curatore suo. (L. 1, » § *fin. ad s. c. Trebell.*) Pubes adit hære» ditatem sine curatore. (L. *cum in*, § *ult.* » Dig., *de appellat.*) Denique ea quæ *perso*» *nam suam* spectant, is solus administrat. » Res suas, veluti prædia, aut mancipia, aut » mobilia, non item. »

Ainsi, lorsque le mineur placé sous curatelle avait emprunté de l'argent sans l'assistance de son curateur, il n'était pas tenu de le rendre s'il ne s'en était pas enrichi; car l'obligation était nulle, et le remède de la restitution n'était pas nécessaire [9].

Ce n'est pas tout. On a vu que, pour l'aliénation ou l'hypothèque des immeubles, il fallait le décret du magistrat. Faute de ce décret, l'aliénation était nulle *ipso jure*, dit Voet [10], et l'on n'avait pas besoin d'examiner s'il y avait ou non lésion. L. 2, 10, 11, 15, 16, C. *de prædiis minor*. On peut consulter le titre du Code *si major factus alienat*, avec le commentaire de Cujas et la glose de Godefroy, et l'on verra que ces

[1] L. 43 et 59, Dig. *de oblig.* Cujas, sur la loi 59 citée, et sur la loi 127, *de verb. oblig.* Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 276, nº 17.

[2] Ducaurroy, nº 268.

[3] *Ibid.* Voy. les *Inst. de Justinien*, liv. 1, tit. 23, *de curat.*, nº 2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt*, ainsi que le comment. de Janus à Costa sur ce passage, qui a fort occupé les interprètes.

[4] Cujas, sur cette loi. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 293, nº 18, et note *e*. Voet, *de verb. oblig.*, nº 1, *de minorib.*, nº 52.

[5] Fachinée, *Cout.*, liv. 3, chap. 9. Voet, *de minorib.*, nº 52.

[6] *Voy.* mon *Comm. de la vente*, nº 166. Huberus, sur le D., *de minoribus*, nº 2. *Et sane*, dit-il, *qui non habent curatores, eos obligari posse.*

[7] *Quæ trahunt post se rei familiaris diminutionem ad sui implementum* (Voet, *loc. cit.*).

[8] Sur la loi 101, *de verb. oblig.*

[9] Voet, *loc. cit.*

[10] *De reb. cor*, nº 9. *Ipso jure*, c'est-à-dire, ici, sans qu'il fût nécessaire de prouver une lésion. Voy. *Rép. de jurisprud.*, vº *Nullité.*

jurisconsultes ne cessent de répéter que le défaut de décret produit une nullité de plein droit, *ipso jure*.

489. Mais si le mineur, parvenu à sa majorité, gardait le silence pendant cinq ans sur les actes nuls qu'il avait passés en minorité, le vice était couvert, et l'on considérait ces actes comme valides *ab initio*. Telle est la disposition formelle de la loi 3, au C. *si major factus alienat. fact. sine decreto ratam hab.* « Ideoque præcipimus, si » per quinque continuos annos post imple» tam minorem ætatem, id est, post 25 annos » connumerandos nihil conquestus est super » tali alienatione, is qui eam fecit, *vel hæres* » *ejus*, minime posse retractari eam, occa» sione prætermissionis decreti; sed sic » teneri, quasi *ab initio* legitimo decreto » fuisset res alienata. »

Et remarquons que cette ratification pouvait être donnée par le mineur, non-seulement par son silence pendant le délai voulu par la loi, mais encore par une volonté expressément déclarée. Favre [1] dit que le mineur pouvait ratifier la vente nulle faite par lui, *aut pacto expresso, aut longi temporis silentio*, et qu'alors « confirmaretur ex post » facto venditio, quæ ab initio non valuis» set. » Voet tient le même langage sur le titre *de reb. eor. qui subtut.* [2].

Quelle peut être la raison de cet effet rétroactif donné par les lois romaines à la ratification *expresse ou tacite* d'un acte qu'elles déclarent cependant nul *ipso jure*? C'est évidemment que cette nullité n'était pas absolue, qu'elle n'était établie qu'en faveur du mineur [3]. Ainsi comme l'acte subsistait déjà avec plénitude d'obligation envers certaines personnes, il n'y avait rien d'extraordinaire à ce que la ratification du mineur eût pour effet de le mettre à l'abri de critique, comme s'il eût été valable dès le commencement.

Mais cette ratification produisait-elle un effet rétroactif, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore à l'égard des tiers?

On verra plus bas les raisons de douter et de décider. Je me borne à remarquer ici que la loi ne distingue pas; qu'elle dit d'une manière absolue que la ratification tacite valide le contrat *ab initio*, et que par conséquent cela doit s'entendre des tiers comme des parties contractantes.

490. Voyons si les principes sont les mêmes dans le droit français [4].

Augeard [5] cite un arrêt du parlement de Paris du 19 février 1704, qui décida, en conformité des lois romaines, que l'aliénation des biens d'un mineur sans les formalités voulues *était nulle de plein droit*. L'arrêt prononça, « *sans qu'il soit besoin de s'arrêter* » *aux lettres de rescision*. » Et Bretonnier approuve cette décision [6].

La ratification que le mineur faisait d'un pareil contrat, le validait cependant *ab initio*.

Mais on n'était pas d'accord sur la question de savoir si cette ratification d'une hypothèque donnée en minorité, produisait un effet rétroactif *à l'égard des tiers*, ou si elle devait seulement compter du jour de la ratification.

Cependant un arrêt du parlement de Paris, du 23 juillet 1667, rapporté au *Journal du Palais* (t. 1, p. 10), jugea que la ratification devait produire un effet rétroactif à l'égard des tiers, et consacra les principes du droit romain.

Néanmoins, cet arrêt était en opposition avec un arrêt du parlement de Bretagne du 15 novembre 1652, et un autre arrêt du parlement de Rouen du 6 février 1668, rapportés par Basnage [7]. On peut consulter cet auteur, qui, embarrassé de la question, s'est créé des distinctions peu satisfaisantes pour l'esprit. En général, c'est un guide peu sûr, qui manque d'ordre et de méthode, et dont le savoir est très-superficiel [8]; mais Pothier, qui a vu la chose en véritable jurisconsulte, marche au but d'un pas plus ferme et plus assuré.

« Il en est autrement, dit-il, lorsqu'ayant » contracté moi-même en minorité, sous » l'hypothèque de mes biens, je ratifie en » majorité. Car, en ce cas, ce n'est pas ma

---

[1] *Code*, lib. 4, tit. 33, déf. 3.
[2] *Voy.* aussi Merlin, *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 413, col. 2, § 4.
[3] Favre, *Code*, lib. 4, tit. 33, déf. 3. *Contractus claudicabat*, dit-il.
[4] Je suis revenu sur cette question dans mon *Comm. de la vente*, n° 166. J'engage à y recourir.
[5] Augeard, t. 1. Arrêt 46, p. 392.
[6] Sur Heurys, t. 2, p. 262.
[7] *Hyp.*, chap. 3.
[8] Cela justifierait mal les fréquentes citations de Basnage que fait Troplong, dans tout le cours de son ouvrage, pour appuyer ses opinions de leur autorité. (*Note de l'éditeur belge.*)

» ratification qui produit l'hypothèque ; elle » ne fait que confirmer celle que le contrat » avait produite, et empêcher qu'il ne soit » sujet à rescision [1]. »

Je laisse de côté les opinions de Mornac [2], de Ferrières [3], et d'autres jurisconsultes anciens, et j'arrive au Code civil.

491. Grenier, Merlin et Toullier ont traité cette question. Le premier pense que la ratification ne nuit pas aux tiers, et que l'hypothèque ne peut prendre naissance que du jour de la ratification [4].

Au contraire, Merlin et Toullier sont d'avis que l'hypothèque prend naissance depuis le contrat primitif [5].

C'est à cette seconde opinion que je me range, quoique je n'adopte pas toutes les propositions de ces deux auteurs [6].

492. Par le droit français comme par le droit romain, l'hypothèque consentie par le mineur, sans les formalités voulues par la loi, est nulle *ipso jure*, et il peut faire prononcer cette nullité par les tribunaux, sans prouver aucune lésion.

Il est vrai que Merlin soutient [7] que, par le Code civil, ce n'est plus par la voie *de nullité*, mais par la voie *de rescision*, que le mineur, devenu majeur, peut réclamer contre les hypothèques consenties sans les formalités requises.

Mais il m'est impossible de souscrire à cette doctrine, que je crois fondée sur un abus de mots.

Tout le monde sait la différence qui existe entre *la nullité* et *la rescision*.

« L'action en nullité, dit Proudhon, » n'exige la preuve d'aucune lésion, parce » qu'il est de la nature des choses qu'un » acte nul ne produise aucun effet contre » l'intérêt de celui pour lequel la nullité » est établie par la loi... Dans l'action en » rescision au contraire, il faut prouver la » lésion, à moins qu'on ne soit dans quelque » cas où elle soit présumée de droit [8]. »

La même distinction est enseignée par Toullier [9], qui prouve fort bien qu'il y a nullité *ipso jure*, et non pas lieu à rescision, lorsqu'un mineur procède sans les formalités voulues par la loi.

Cette différence entre l'action en rescision et l'action en nullité est écrite en termes très-clairs dans l'art. 1304 du Code civil, où il est dit que le temps de ces deux actions court contre le mineur, à compter de sa majorité. Elle résulte aussi de l'art. 1311.

Mais, dit Merlin, l'art. 1305 porte : « La » simple lésion donne lieu à la rescision en » faveur du mineur non émancipé, contre » toutes sortes de conventions ; et en faveur » du mineur émancipé, contre toutes sortes » de conventions qui excèdent les bornes de » sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée » au titre de la minorité, de la tutelle et de » l'émancipation. »

Donc, ajoute-t-il, la vente que le mineur émancipé fait de ses immeubles, sans observer ces formalités, étant au nombre des conventions qui excèdent sa capacité, il s'ensuit que ce mineur émancipé ne pourra revenir contre ce qu'il a fait, que par rescision. Donc la vente, l'aliénation, l'hypothèque qu'il a consenties sans observer ces formalités ne sont pas nulles de plein droit. Donc il en est de même à l'égard du mineur non émancipé ; car il ne peut y avoir de différence entre l'un et l'autre.

J'ose croire que Merlin est tombé ici dans une erreur évidente.

L'art. 1305, en prononçant le mot de *lésion*, annonce par là qu'il ne s'occupe pas des voies de nullité à employer contre les contrats des mineurs. Il ne les envisage que sous le rapport du dommage que le mineur a pu en éprouver. Dès lors, il est clair qu'il les suppose valables dans la forme.

Ceci posé, quel a été le but de l'art. 1305 ? Qu'a-t-il voulu dire ? Le voici.

Lorsqu'un contrat est passé par un mineur, *quoiqu'il soit valable dans la forme*, néanmoins le mineur pourra se faire restituer pour *simple lésion*. A la vérité, le Code n'a pas été aussi loin que l'ancienne jurisprudence, dont les inconvénients faisaient dire à Henrys [10] : « Vainement on aura

---

[1] *Orléans*, tit. 20, n° 24.

[2] Sur la loi 16, *de pignorib.*

[3] Sur Paris, art. 239, glose 2, n° 32.

[4] T. 1, n°s 42 et suiv.

[5] Merlin, *Quest. de droit*, § 4, *Hyp.*; Toullier, *Droit civil*, t. 4, n° 565.

[6] L'opinion de Grenier a été adoptée par Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 224. Elle est professée par Persil, art. 2124, n° 12, et par Delvincourt, t. 8, p. 62, n° 6. *Voy.*, au surplus, la discussion contenue dans mon *Comm. de la vente*, n° 166.

[7] *Loc. cit.*

[8] Proudhon, t. 2, p. 282, *Traité des personnes*. Consultez au surplus mon *Comm. de la vente*, n°s 685 et suiv. On y trouvera une dissertation approfondie sur les *nullités* et les *rescisions*.

[9] T. 3, n° 106, et t. 4, n° 572.

[10] T. 2, p. 257, et Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*

» observé les formalités, avis de parents, » rapports d'experts, décrets du magistrat, » tout cela n'empêchera pas que le mineur » ne puisse rentrer dans son bien *s'il se* » *trouve quelque lésion..... Il n'y a pas d'as-* » *surance plus grande que d'acheter l'immeuble* » *du mineur plus cher qu'il ne vaut.* » Pour éviter cet abus, le Code n'admet pas *la simple lésion* dans les aliénations des immeubles des mineurs valables en la forme (art. 1314) : il ne l'admet pas non plus dans les cas de partage (idem, et art. 466, 840), d'acceptation de donation (art. 463) et autres cas expressément exceptés [1]. Mais dans toutes les autres circonstances où le législateur n'a pas déclaré que l'accomplissement de telles ou telles formalités faisait assimiler les mineurs aux majeurs, la règle générale est que, quoique l'acte soit valable en la forme, le mineur pourra se faire restituer s'il y a simple lésion (article 1305 du Code civil, art. 481 du Code de procédure civile), tandis qu'il faut que le majeur prouve une *lésion énorme*. Encore le majeur n'est-il restituable pour lésion énorme que dans le cas de partage (887 du Code civil) et de vente (1671 du Code civil). Dans les autres contrats, même celui d'échange, il n'est pas restituable (1707 du Code civil) [2].

Quant au mineur émancipé, comme il peut faire des actes d'administration, et qu'à cet égard il est assimilé au majeur, il ne sera restituable que dans le cas où un majeur le serait lui-même.

Mais dans tous les autres actes où sa capacité n'a pas plus d'étendue que celle du mineur, quoiqu'il ait passé ces actes avec l'assistance de son curateur et suivant les formalités voulues par la loi, il sera restitué pour simple lésion de même qu'un mineur non émancipé [3].

Tel est le véritable sens de l'art. 1305. On doit le prendre *secundum subjectam materiam*, et non pas lui donner une application détournée de la pensée du législateur. Au surplus, on voit par plusieurs autres textes du Code civil que l'action en *nullité* est la seule qu'il faille employer contre les obligations des mineurs passées sans les formalités de la loi.

C'est ce que prouve l'art. 2012 du Code civil, qui porte qu'on peut cautionner « l'o- » bligation, encore qu'elle puisse être *an-* » *nulée* par une exception personnelle à » l'obligé, par exemple dans le cas de mi- » norité. »

C'est ce que prouve encore, par un argument irrésistible, l'art. 502 du Code civil, portant : « L'interdiction ou la nomination » d'un conseil aura son effet du jour du » jugement. Tous actes passés postérieure- » ment par l'interdit, ou sans l'assistance » du conseil, seront *nuls de droit.* » Il n'est pas possible de mettre une différence entre le mineur et ceux qui sont ou interdits ou sous l'assistance d'un conseil. La loi assimile toujours ces individus les uns aux autres.

L'erreur de Merlin me paraît donc établie par ces textes et ces rapprochements décisifs, et je m'étonne que Toullier [4] ait cru devoir donner des éloges sans restriction au passage de Merlin qui contient cette confusion de choses si clairement distinctes.

Tenons donc pour constant que le défaut d'autorisation vicie l'acte passé en minorité d'une nullité *ipso jure*, de même que dans le droit romain.

493. Mais puisqu'il est constant que cette nullité n'est pas absolue, qu'elle n'est que relative, il faudra dire avec la loi romaine que la ratification par le silence gardé pendant dix ans, validera l'acte *ab initio*.

Et puisque le silence produit cet effet important, combien à plus forte raison ne sera-t-il pas produit par la ratification expresse, émanant de la volonté libre, réfléchie, d'un majeur, que sa bonne foi porte à imprimer le sceau de l'inviolabilité à ses engagements de conscience et d'honneur?

494. Mais, dit-on [5], le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, dépouiller les créanciers qui ont contracté avec lui (dans l'intervalle du premier contrat à la ratifica-

[1] Art. 1309, 1398, 481, 487, 1308.

[2] Toullier, t. 4, n° 574. Nous rappellerons ici qu'il existe, sur la nullité et la rescision des actes qui concernent les mineurs, des divergences d'opinions dont Merlin n'est pas le seul organe. Duranton a développé sur ce point un système sur lequel il est, jusqu'à ce jour, resté seul de son avis (*Traité des contrats*). Nous nous écarterions de notre plan si nous discutions plus longuement cette question, dont les faces diverses ont été exposées dans *Thémis*, t. 3, p. 548, et t. 5, p. 130. Il faut consulter aussi mon *Comm. de la vente*, n° 166.

[3] Toullier, t. 4, n° 576.

[4] T. 4, n° 569, note 1.

[5] C'est l'objection de Basnage, *Hyp.*, chap. 3 ; de Ferrières, sur Paris, art. 239, glose 2, n° 32 ; de Grenier, n° 44 ; et de tous les partisans de l'opinion de Merlin que je combats.

tion) du droit d'exercer à sa place l'action en nullité qui lui était ouverte. Cette ratification leur porte un véritable préjudice; il est d'ailleurs de principe que la ratification ne peut avoir d'effet au préjudice des tiers.

La réponse me paraît facile à faire.

D'abord, il est trop absurde de dire que le mineur devenu majeur ne peut, par son fait, priver ses créanciers du droit d'exercer à sa place l'action en nullité; car il résulterait de ce système, qu'un débiteur ne pourrait jamais user de ses droits, sans consulter la masse de ses créanciers; ce qui serait le mettre dans un état d'interdiction véritable, et entraver la liberté des contrats dans un majeur. Que les créanciers puissent exercer les droits de leur débiteur, tant que ces droits subsistent ou sont ouverts, il n'y a à cela nulle difficulté; mais cette faculté leur est interdite lorsque ces droits ont cessé d'exister en la personne de leur débiteur, et par le fait de ce débiteur. Ils sont obligés de respecter ses actes, à moins qu'il n'y ait eu fraude de sa part, auquel cas ils peuvent exercer l'action révocatoire Paulienne [1].

495. En second lieu, c'est un principe certain que la ratification produit un effet rétroactif, « retro currere ratihabitionem ad » illud tempus quo convenit, » dit la loi 16, au D. *de pignorib. et hypothecis* [2].

Il y a à la vérité une exception remarquée par tous les auteurs. C'est que la ratification ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers [3].

C'est pourquoi Mornac dit : « Distinctio » tamen, et in schola et in foro, perpetua » hæc est, ut nimirum si agatur de præju- » dicio tertii, retro trahatur nunquam ra- » tihabitio; secus, si de solo ratificantis » damno [4]. »

496. Mais s'il est vrai que la ratification n'a pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers, il ne faut pas croire que ce soit dans tous les cas et sans exception aucune. Cette règle n'est vraie que dans deux circonstances, savoir : 1° lorsque l'acte ratifié est d'une nullité absolue; car, n'ayant eu aucune existence légale avant la ratification, on ne peut créer au préjudice des tiers une fiction qui ferait remonter la validité de cet acte à une époque où ils avaient juste sujet de le croire nul.

2° Lorsque le contrat qu'on ratifie a été passé *a non domino*, ou par une personne qui n'était pas munie de pouvoirs, comme dans le cas de la loi 16, au D. *de pignorib. et hypoth.*

« Si, *nesciente domino*, res ejus hypothecæ » data sit, deinde postea dominus ratum » habuerit, dicendum est, hoc ipso quod » ratum habet, voluisse eum, retro currere » ratihabitionem ad illud tempus quo con- » venit. » On suppose que, par la ratification, les choses sont mises dans les mêmes termes que si celui qui ratifie avait donné originairement un mandat « *ratihabitio mandato æquiparatur*. »

Mais cette rétroactivité ne peut préjudicier aux tiers. En effet, l'hypothèque donnée *a non domino* sur le bien que le véritable propriétaire leur a plus tard engagé, n'était rien pour eux, à l'époque où ils ont traité avec ce dernier, qui n'avait encore rien ratifié. C'est seulement du jour de la ratification que le propriétaire réel est censé avoir créé l'hypothèque, puisque auparavant elle lui était étrangère, et qu'elle émanait d'une personne sans pouvoir. De quel droit le propriétaire pourrait-il donner un effet rétroactif à cette hypothèque, au préjudice de droits acquis [5]?

497. Mais, comme Pothier le fait remarquer [6], on ne peut dire la même chose d'un contrat passé par un mineur. Car ce contrat n'est pas nul *absolument;* il n'est nul qu'à l'égard du mineur, tandis qu'il lie d'un lien de droit indissoluble ceux qui y ont pris part et adhéré [7].

Je ne puis m'empêcher de citer encore un autre passage de Pothier, tiré de son traité des retraits (nos 123 et 124). On y verra clairement marquée la différence d'effet de la ratification entre les actes nuls d'une nullité relative, et ceux qui sont nuls d'une nullité absolue.

---

[1] Art. 1167 du Code civil. Merlin, *Quest. de droit*, vo *Hyp.*

[2] *Voy.* aussi l. *licet*, Dig. *de jud.*, et l. *ult.*, C. *ad. s. c. maced.*

[3] Tiraqueau, *de retract. gent.*, glose x, § 1, no 69. Il cite une foule d'autorités, suivant son usage. Maynard, t. 2, liv. 7, c. 33, etc.

[4] Sur la loi 16, Dig. *de pign. et hyp.*

[5] C'est dans ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la cour de cassation du 6 juillet 1831. Il s'agissait d'une vente de la chose d'autrui qui avait été ratifiée. *Voy.* aussi mon *Comm. de la vente*, no 237.

[6] *Orléans*, tit. 20, no 24.

[7] Ulp., l. 13, § 29, Dig. *de act. empt.*

« Lorsque la vente a été faite *par un autre » que par le propriétaire*, quoique la tradi- » tion soit intervenue, ce n'est que du jour » du consentement donné à la vente par ce » propriétaire, qu'il y a ouverture du re- » trait, au profit de la famille de ce pro- » priétaire. Car ce n'est que par ce consen- » tement qu'il est censé vendre, et que » l'héritage est mis hors de la famille.

» Lorsqu'un mineur a vendu son héritage » propre, et que, devenu majeur, il ratifie, » c'est du jour du contrat de vente que le » retrait est ouvert. Car la nullité de l'alié- » nation des héritages des mineurs n'est pas » une nullité absolue, mais relative, et en » faveur du mineur seulement. L'acte n'est » nul que dans le cas auquel le mineur, ou » ceux qui succèdent à ses droits, jugeraient » à propos de s'en plaindre, et d'avoir un » recours aux lettres de rescision ; l'acte par » lequel il ratifie en majorité, est un acte » par lequel il renonce à s'en plaindre. Mais » ce n'est pas par cet acte, c'est par la vente » qu'il a faite de son héritage, qu'il l'a mis » hors de sa famille, et c'est cette vente qui » donne ouverture au retrait et non à la ra- » tification. »

On voit que dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque la vente est faite *a non domino*, et où, par conséquent, il y a nullité absolue, la ratification ne produit pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers qui veulent exercer le retrait. Ils sont admis à le demander dans l'année de la ratification [1].

Au contraire, lorsque la nullité est relative, comme dans le second cas, la ratification produit un effet rétroactif au préjudice des tiers. Ce n'est pas du jour de la ratification que le retrayant doit calculer le délai du retrait, mais du jour de la vente originaire. On ne peut rien trouver de mieux marqué que cette différence, et rien de plus applicable à la question que j'examine.

498. Il est étonnant que Grenier, qui a cherché à l'approfondir, n'ait pas saisi cette nuance [2]; en effet, on voit que les anciens docteurs, en enseignant la règle fondée sur la raison [3], que la ratification ne produit pas d'effet rétroactif *au regard des tiers*, ne l'ont jamais appliquée qu'aux actes nuls d'une nullité absolue, ou faits *a non domino*. C'est ainsi que Bartole, qu'on ne cesse de citer, et qui dit : « *actus medius interveniens » impedit ratihabitionem retrotrahi*, » ne s'appuie de ce principe que pour décider la question de savoir si la ratification donnée par un propriétaire à une vente *faite sans son autorisation*, produit un effet rétroactif à l'égard des tiers. C'est aussi ce cas que la glose envisage, ainsi que la plupart des auteurs. Tiraqueau, qui développe longuement la règle de non-rétroactivité à l'égard des tiers, et Maynard, ne la considèrent non plus que dans l'hypothèse où la vente ratifiée avait été faite *a non domino*, cas qui est le même que celui dont parle Pothier dans le passage cité tout à l'heure. Il ne faut donc pas étendre au cas d'une nullité relative ce qui n'a été créé que pour les nullités absolues. Car c'est seulement à l'égard de celles-ci que l'on peut dire que la rétroactivité est *une fiction*, et que la fiction ne peut nuire au tiers [4]. Mais à l'égard des nullités relatives, il n'y a pas réellement *fiction*. On ne peut pas dire que l'acte n'existait pas avant la ratification, puisqu'il obligeait déjà l'une des parties par un lien indissoluble.

499. Objectera-t-on l'art. 1338, qui, en parlant de la ratification des actes nuls ou sujets à rescision, dit qu'il ne sera plus possible de les attaquer, *sans préjudice néanmoins des droits des tiers?*

Mais, en réservant les droits des tiers, cet article n'a nullement voulu dire que la ratification ne dût jamais produire d'effet rétroactif à l'égard des tiers. J'ai dit que, dans le cas de nullité absolue, la ratification ne produisait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Eh bien ! c'est ce droit des tiers que l'art. 1338 a cru devoir réserver, afin, dit Toullier [5], qu'on n'abusât pas de l'omission de cette réserve dans un article dont la disposition est générale. Que prouve donc cette objection, qui cependant paraît si décisive

---

[1] C'est aussi ce que prouve Tiraqueau, par la raison qu'en ce cas la ratification ne produit pas d'effet rétroactif. § 1, glose x, nos 66 et suiv.

[2] Elle n'a échappé ni à Merlin, *Quest. de droit*, vo *Hyp.*, p. 415, ni à Toullier, t. 4, no 563.

[3] Ils avaient aussi voulu l'étayer des lois romaines ; car, à cette époque, on voulait tout rattacher à des textes. Mais les lois qu'ils citaient (*Si partem*, § dernier, *quemad. servit. amitt.*, l. 1, § *si quis filium* 7, Dig. *si tab., tut. nullæ ext.*, l. xi, § 1, Dig. *qui potior in pign.*) ne paraissent guère faites pour justifier leur sentiment.

[4] Par exemple, la légitimation, qui n'est qu'une fiction, ne produit pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Tiraqueau, *de ret. gent.*, § 1, glose x, no 71. Arrêt de la cour de cassation du 11 mars 1811.

[5] Toullier, t. 4, no 570.

à Dalloz, puisque nous convenons qu'il y a des cas où les tiers ne peuvent pas être préjudiciés par la ratification?

Grenier étaye sa doctrine d'un arrêt de la cour de Nancy, du 1er mai 1812 [1]. Mais cet arrêt paraît avoir été déterminé par une opinion que Merlin avait enseignée dans la première édition de ses *Questions de droit*, et qu'il a ensuite abandonnée.

500. Tout ce que je viens de dire des mineurs s'applique aux prodigues qui ratifient, lorsqu'ils ont recouvré la plénitude de leurs droits, les hypothèques consenties par eux, à l'époque où ils étaient pourvus d'un curateur, et c'est ce qu'a jugé la cour de Paris par arrêt du 14 prairial an 10.

501. A l'égard des femmes mariées qui s'obligent sans l'autorisation de leurs maris, et qui, étant veuves, ratifient ces obligations, il faut se décider par les mêmes règles que pour les mineurs.

A la vérité, dans l'ancienne jurisprudence française, les contrats passés par la femme sans autorisation étaient censés nuls d'une nullité absolue, et la femme ne pouvait s'obliger *seule ni obliger les autres*. De sorte que la plupart des auteurs tenaient que la ratification donnée par la femme n'avait pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers [2].

Mais comme, d'après les principes du Code civil, la nullité d'un acte passé par une femme mariée, sans autorisation maritale, est purement relative (art. 225 du Code civil), il s'ensuit que l'on ne peut se dispenser d'assimiler les femmes mariées aux mineurs, pour les effets de leurs ratifications [3]. Grenier professe à tort une opinion contraire [4].

502. J'ai dit ci-dessus que le laps de dix ans, écoulé sans que le mineur se fût pourvu par la voie de nullité contre l'obligation souscrite par lui sans autorisation, purge le vice de cette obligation, qui est censée avoir été valable *ab initio*. On a vu que telle était la décision formelle de la loi 3, au *C. si minor factus ratam*, et jamais, à ma connaissance, il n'était venu dans la pensée d'aucun auteur de la contrarier [5].

Mais Battur et Grenier [6] ont eu l'idée de soutenir que l'hypothèque attachée au contrat ainsi purgé et validé, ne devait pas valoir *ab initio*, et qu'elle ne pouvait commencer à compter que du jour où la prescription de dix ans est terminée; qu'il fallait par conséquent lui préférer toutes les hypothèques intermédiaires contractées d'une manière valable.

Je crois qu'il est inutile, après la discussion qui précède, de réfuter cette opinion. On sait d'ailleurs que la prescription accomplie produit toujours un effet rétroactif [7].

ARTICLE 2127.

L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé, en forme authentique, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

SOMMAIRE.

503. L'hypothèque pouvait, chez les Romains, être consentie verbalement. L'écriture n'y était requise que pour la preuve. Mais une hypothèque par acte public l'emportait toujours sur une hypothèque par acte privé.

504. En France, l'hypothèque résultait dans l'ancienne législation de tout acte authentique. Elle était toujours générale de plein droit.

505. Aujourd'hui, l'hypothèque conventionnelle est spéciale. Il faut qu'elle soit expressément stipulée dans un acte notarié.

505 *bis*. *Quid* des actes administratifs publics? Peuvent-ils contenir stipulation d'hypothèque?

506. L'acte sous seing privé ne produit hypothèque que lorsqu'il est reconnu. Il peut être reconnu devant notaire. Le simple dépôt suivi de procès-verbal suffit.

507. Du sort de l'hypothèque contenue dans un acte public, *mais non enregistré*.

---

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 227.

[2] Pothier, *Orléans*, tit. 10, chap. 8; *Oblig.*, n° 50; *Retraits*, n° 125.

[3] Toullier, t. 4, n° 571. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 418, col. 2, n° 3.

[4] Grenier, n° 43.

[5] Basnage, *Hyp.*, chap. 3. Arrêt de Rouen, 20 août 1689. Merlin, *loc. cit.* Persil, art. 2126, n° 4.

[6] Battur, t. 1, p. 128. Grenier, p. 91.

[7] *Voy.* mon *Comm. de la prescription*, n°s 489 et 826.

508. Les actes qui liquident une créance indéterminée déjà inscrite, ne doivent pas être publics.

509. Ainsi le mandataire qui a pris inscription sur les biens du mandant pour payement de ses honoraires, déboursés et avances, n'est pas tenu à prouver ses actes de gestion par des actes publics.

510. On peut constituer hypothèque par procureur. Mais le procureur est-il obligé de montrer une procuration authentique pour que les biens de son mandant soient valablement hypothéqués? Conflit d'opinions. La négative est préférable.

COMMENTAIRE.

503. Gaïus nous apprend que, chez les Romains, l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et que l'écriture n'était employée que pour la preuve. « Et ideo et sine » scriptura si convenit ut hypotheca sit, et » probari poterit, res obligata erit de qua » conveniunt. Fiunt enim de his scripturæ, » ut quod actum est, per eas facilius pro- » bari possit. Et sine his autem valet quod » actum est, si habeat probationem [1]. »

Néanmoins, on sent qu'entre créanciers du même débiteur, il eût été difficile d'établir quel était celui qui avait pour lui l'antériorité, s'il n'y eût eu que des obligations verbales. Aussi les lois disaient-elles que l'on préférait le créancier qui aurait un titre passé devant les officiers publics, à celui qui n'en aurait pas, bien que son droit pût ère antérieur. Il était aussi préféré à celui qui n'avait qu'un titre sous seing privé d'une date antérieure; car un titre privé ne peut avoir de date certaine ni d'effet, contre les tiers qui n'y ont pas été parties. Cependant on assimilait à un écrit authentique l'acte sous seing privé souscrit par trois personnes *integræ opinionis* [2].

Grenier [3] paraît croire que depuis la loi 11, au C. *qui potior,* ce fut *une nécessité* d'établir l'hypothèque par acte public. Ceci me semble une erreur. L'hypothèque valait toujours entre le créancier et le débiteur, quand même elle eût été consentie sans solennité. Seulement, comme de pareilles conventions ne pouvaient être opposées aux tiers, il fut établi que celui qui avait un acte authentique, primerait celui qui n'avait qu'un acte privé. Voet expose cet état de choses avec clarté. « Modum quod attinet » ad solemnitatem hypothecæ tum specialis, » tum generalis constituendæ, jure quidem » romano, *privata potuisse auctoritate* fieri, » extra dubium est; ut tamen jure potior » fuerit habitus creditor, licet tempore pos- » terior, cui publico instrumento, vel pri- » vato quidem, sed trium testium fide di- » gnorum subscriptione munito, quam cui » alia privata scriptura, testium trium sub- » scriptionem non habente, hypotheca con- » stituta erat [4]. » Dalloz est tombé dans la même erreur que Grenier [5].

Au surplus, il fallait que l'acte authentique, ou bien l'acte privé souscrit de trois témoins, dont on voulait se prévaloir pour prétendre une hypothèque, en portât une convention expresse; mais il ne fallait pas que la convention d'hypothèque fût accompagnée du dessaisissement de la chose hypothéquée, l'hypothèque ne différant du gage que parce que, dans le contrat de gage, le débiteur livrait la chose, au lieu que dans le contrat d'hypothèque il restait en possession (*supra*, n° 7).

504. En France, sauf quelques exceptions (*infra*, n° 558), l'hypothèque était censée attachée, de droit, à tout acte authentique; on supposait que les parties en avaient sous-entendu la stipulation, alors qu'elles ne s'en étaient pas expliquées. Cet état de choses paraissait monstrueux au président Favre [6]. En effet, ce jurisconsulte ne pouvait se persuader qu'une hypothèque *conventionnelle* pût exister *sans convention*. Mais nos praticiens, appliquant, sans trop la comprendre, la maxime *qui s'oblige oblige le sien,* n'en avaient pas moins fait passer en usage que l'hypothèque était censée avoir été consentie, même dans les contrats où il n'en était pas question, pourvu qu'ils fussent authentiques [7].

Le droit commun de la France était donc

---

[1] L. 4, Dig. *de pignorib. et hyp.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 557, n° 6.

[2] L. 11, C. *qui potior.* Tiraqueau, *Retract. convent.*, § 1, glose 7, n° 43. Voet, *de pignorib.*, n° 9. Cujas, 8, obs. 13.

[3] Grenier, n° 6.

[4] L. 20, tit. 1, n° 9.

[5] V° *Hyp.*, p. 194.

[6] *De errorib. pragmat. decad.* 1.

[7] Maynard, liv. 3, chap. 2. Basnage, *Hyp.*, chap. 4. Pothier, *Orléans*, tit. 20, n° 6.

que l'hypothèque ne pouvait découler que des actes publics, et je dois remarquer que les actes sous seing privé, quoique revêtus de la signature de plusieurs témoins, ne pouvaient jamais rivaliser avec eux, à moins qu'ils n'eussent été reconnus en justice ou par-devant notaires (*infra*, nº 506).

505. Le Code civil n'a pas voulu que l'hypothèque conventionnelle fût sous-entendue de plein droit dans tous les actes authentiques. Ce système eût été contraire au système de spécialité qui fait la base du régime hypothécaire actuel. Comme il est indispensable de désigner les héritages qui seront frappés de l'hypothèque, il s'ensuit que la stipulation d'hypothèque doit toujours être exprimée; ainsi, il y a nécessité d'une convention explicite.

Il faut, de plus, que la convention par laquelle le débiteur accorde une hypothèque à son créancier, soit contenue dans un acte notarié, c'est-à-dire, aux termes de la loi du 25 ventôse an 11, dans un acte reçu par deux notaires, ou bien par un notaire et deux témoins. Je renvoie pour les formalités des actes publics à la loi du 25 ventôse an 11 sur le notariat, à l'avis du conseil d'État du 20 juillet 1810 [1].

505 *bis*. Un acte authentique, mais qui ne serait pas notarié, par exemple un procès-verbal de conciliation devant un juge de paix, serait insuffisant pour constituer une hypothèque valable (art. 54 du Code de procédure civile).

Quid des actes passés par les autorités administratives dans le cercle de leurs attributions?

La loi du 23 octobre 1790 [2] portait :

« Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour la passation desdits baux [3] ni pour tous les actes d'administration. *Ces actes*, ainsi que les baux, seront sujets au contrôle, et *ils emporteront hypothèque et exécution forcée* [4]. »

Cette loi se référait au principe qui dominait alors et en vertu duquel l'hypothèque générale était attachée, de droit et sans convention, à tout acte authentique. Elle n'entendait pas créer une hypothèque légale d'une nouvelle espèce. C'était à titre d'hypothèque conventionnelle sous-entendue, qu'elle faisait sortir de l'acte administratif doué de l'authenticité, la garantie hypothécaire que tous les contrats notariés portaient avec eux. Mais on sait que la loi du 11 brumaire an 7 adopta un autre système, celui de l'hypothèque spéciale, et que nul acte authentique ne peut produire à l'avenir hypothèque conventionnelle, qu'autant que cela aurait été expressément convenu.

La loi du 11 brumaire an 7 avait été plus loin. Elle avait voulu, dans son art. 3, que l'hypothèque conventionnelle résultât d'*un acte notarié*. Notre article exige la même condition. De là la question de savoir si les actes administratifs ont pu désormais contenir stipulation d'hypothèque, et même si de plein droit ils ont continué, malgré l'établissement de la spécialité du régime hypothécaire, à entraîner une hypothèque générale conventionnelle.

Examinons d'abord cette difficulté par rapport aux baux, et commençons par les baux passés par les administrateurs des établissements publics de bienfaisance et autres.

On sait que les corps, communautés et

[1] *Répert.*, vº *Acte public*. — Jugé que la subrogation à une hypothèque conventionnelle, est valablement faite au moyen de la transmission de simples billets à ordre, rappelant l'hypothèque, lorsque telle a été la convention passée entre le créancier et le débiteur dans le contrat constitutif d'hypothèque. Les porteurs des billets peuvent donc exercer l'hypothèque jusqu'à concurrence du montant des billets qui leur ont été transmis. (Code civil, art. 2127; Rouen, 9 mars 1831; Rejet, 10 août 1831.)

Toutefois, les tiers porteurs d'effets créés par suite d'un crédit ouvert garanti par une hypothèque, ne peuvent, de leur chef, réclamer le bénéfice de cette hypothèque, comme accessoire des billets à eux transmis par endossement; ils ne peuvent qu'exercer les droits hypothécaires du donneur de crédit, et requérir collocation jusqu'à concurrence seulement de ce dont celui-ci se trouve être réellement créancier. (Code civil, art. 1692; Paris, 25 juin 1836.)

Mais l'hypothèque donnée pour sûreté d'une créance en payement de laquelle des billets à ordre sont souscrits, peut être transmise comme *accessoire* de la créance, par le fait de l'endossement des billets, de la même manière que les billets eux-mêmes. (Code civil, art. 1690 et 1692; Rejet, 21 février 1838; Sirey, t. 38, 1re part., p. 208. *Sic*, Troplong, *Vente*, t. 2, nº 906; Duvergier, *ibid.*, t. 2, nº 212. *Voy.* aussi en sens contraire à la solution ci-dessus, une dissertation de Cabantous, insérée à la suite de l'arrêt, dans Sirey, t. 38, 1re part., p. 209.)

Jugé dans le même sens que l'hypothèque donnée pour garantie du payement de lettres de change, peut être transportée comme accessoire de ces lettres de change par le fait seul de leur endossement, de telle sorte que le porteur des lettres de change ait droit au bénéfice de cette hypothèque, par préférence à l'endosseur et à ses créanciers. (Rejet, 11 juillet 1839; Sirey, t. 39, 1re part., p. 939.)

[2] Art. 14, tit. 2.

[3] C'est-à-dire des baux relatifs aux biens nationaux.

[4] Des marchés administratifs, quoique passés sans l'intervention des notaires, emportent hypothèque. (Cass., 12 janvier 1835; Paris, 29 mars 1830.)

établissements publics, tant ecclésiastiques que laïques, conservés par les lois de la révolution, pouvaient consentir des baux n'excédant pas neuf années, et que ces baux pouvaient être passés aux enchères en présence d'un membre du directoire de district ou d'un membre du corps municipal [1]. Plus tard, ces formalités furent changées, et le décret du 12 août 1807 voulut que les baux à ferme des hospices et autres établissements publics de bienfaisance ou d'instruction publique fussent faits aux enchères, *par-devant un notaire* désigné par le préfet du département. L'art. 1 ajoute, dans son paragraphe final : « Le droit d'hypothèque » sur tous les biens du preneur y sera stipulé par la désignation, conformément au » Code civil. » Mais quel était, avant la publication de ce décret, l'effet hypothécaire des baux aux enchères passés en présence de l'autorité administrative? Emportaient-ils, dans l'origine, hypothèque générale, comme les contrats notariés? dans le cas d'affirmative, la loi de brumaire an 7, et plus tard le Code civil, ne leur avaient-ils pas enlevé cette vertu comme à tous les contrats? ne fallait-il pas que la convention d'hypothèque fût faite par-devant notaire? Du moins, les baux administratifs ne durent-ils pas contenir mention d'une affectation hypothécaire spéciale, en harmonie avec le régime de l'an 7 et du Code civil?

La première de ces questions me paraît peu susceptible de difficulté. La loi du 23 octobre 1790, qui soumettait les actes administratifs au contrôle, et leur donnait hypothèque et exécution parée, y répond d'une manière catégorique. Mais ce qui est plus frappant encore de vérité, c'est que la loi du 11 brumaire an 7, substituant l'hypothèque spéciale conventionnelle à l'hypothèque générale de plein droit, a nécessairement ôté aux actes administratifs dont nous nous occupons toute la puissance d'hypothèque virtuelle et générale que leur donnait la loi de 1790. Assimilés en tout aux actes notariés par cette dernière loi, par quelle anomalie eussent-ils conservé une force hypothécaire que la législation nouvelle enlevait à ceux-ci?

L'art. 56 de la loi de brumaire an 7 ne portait-il pas d'ailleurs cette disposition remarquable : « Les deux lois du 9 messidor » an 3, ensemble *toutes les lois, coutumes et* » *usages antérieurs sur les* CONSTITUTIONS *d'hy-* » *pothèque,* demeurent abrogés.

Vainement opposerait-on un avis du conseil d'État rendu le 12 août 1807 (le même jour que le décret qui exige le ministère des notaires pour la passation des baux des établissements publics), avis dans lequel on lit « que les baux précédemment passés aux » enchères, soit devant les autorités administratives, soit devant les commissions » des hospices, étant faits en vertu des lois » existantes, emportent voie parée et *don-* » *nent hypothèque sur les immeubles* [2]. » Mais il faut faire attention que le conseil d'État suppose évidemment que les baux en question contiennent une convention expresse d'hypothèque. C'est ce qui résulte de la conclusion à laquelle il arrive. « *En con-* » *séquence, toutes les inscriptions* faites en » vertu des expéditions desdits baux doivent » avoir leur effet, *comme si ces actes eussent* » *été faits par-devant notaire.* » Il suit de cette assimilation du bail administratif à l'acte notarié, que le conseil d'État reconnaît implicitement la modification apportée à la loi du 23 octobre 1790 par la loi du 11 brumaire an 7. C'est, du reste, ce qui a été décidé par arrêt de la cour de cassation du 3 juillet 1817, et par un arrêt de la cour de Bruxelles du 27 août 1807. Je m'étonne qu'une décision contraire ait été rendue par la cour de Paris [3].

Reste à savoir si la stipulation d'hypothèque a pu être légalement formée par une convention contenue dans des baux passés dans la forme administrative autorisée et seule pratiquée avant le décret du 12 août 1807. Le doute vient de ce que la loi du 11 brumaire an 7 voulait que l'hypothèque conventionnelle résultât d'un acte notarié, et que l'art. 2127 du Code civil, plus explicite encore, n'accorde restrictivement la puissance hypothécaire qu'à l'acte notarié. La cour de cassation n'a pas voulu trancher la difficulté lors de son arrêt du 3 juillet 1817. Mais on a vu que le conseil d'État n'hésitait pas à décider que l'on avait pu déposer une convention valable d'hypothè-

[1] *Répert.*, v° *Bail*, § 18. Lois des 5 novembre 1790, t. 2, art. 13, et 5 février 1791.

[2] *Voyez*-le dans Grenier, n° 11, et dans Dalloz, v° *Hyp.*, p. 230.

[3] Arrêt du 6 messidor an 10.

que dans l'acte de bail légalement passé dans les formes administratives et sans ministère de notaire [1]. Comment concilier cependant cette interprétation avec la loi de l'an 7, et surtout avec l'art. 2127 du Code civil, qui, statuant en termes prohibitifs, ne se contente pas d'un acte authentique, mais exige impérieusement que l'authenticité vienne du ministère du notaire? La difficulté d'opérer cette conciliation redouble surtout si l'on compare l'affectation de ces deux lois à ne parler que des actes notariés, avec l'article 17 de la loi du 9 messidor an 3, qui permettait de faire découler l'hypothèque de tout *acte public de la juridiction volontaire ou contentieuse!* Et comme ce dernier système a été abrogé en termes exprès par l'article 56 de la loi du 11 brumaire an 7, il me paraît évident dès lors, qu'il a été dans la pensée des lois nouvelles d'enlever aux autorités administratives le droit de recevoir des conventions d'hypothèque. Le décret du 12 août 1807 a même reconnu d'une manière implicite ce grave changement, puisqu'il renvoie aux notaires la réception des baux et les stipulations hypothécaires qu'il peut être utile d'y insérer. Or, quelle autorité peut avoir contre cette induction, fortifiée par la lettre du Code, un avis du conseil d'État qui n'a pas été inséré au Bulletin des lois?

Ira-t-on chercher un argument dans l'article 1712 du Code civil, qui décide que les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers? Mais qu'importe cet article? qui songe à contester ses réserves? quelle influence peuvent-elles avoir sur la constitution d'hypothèque, droit spécial réglé par un titre du Code civil tout différent du titre du bail? Que les baux énumérés dans l'art. 1712 se singularisent par des anomalies, nous l'accordons! Mais est-ce à dire que les constitutions d'hypothèque qui intéressent les communes, la nation, les hospices, soient hors du droit commun? Ne serait-ce pas fausser les lois du raisonnement que d'argumenter du cas du bail au cas d'hypothèque? Au surplus, faisons attention que lorsque l'art. 1712 du Code civil a été édicté, la loi du 11 brumaire an 7 avait déjà opéré une révolution et produit tous ses effets, et qu'il n'est pas présumable que l'art. 1712 ait voulu faire allusion à un ordre de choses ruiné. Enfin, pour que l'art. 2127 et la loi de l'an 7 pussent se plier au sens que leur a prêté l'avis non officiel du conseil d'État, il faudrait qu'ils continssent cette restriction significative qu'on lit dans l'article 1248 du Code hollandais. « L'hypothèque ne peut être consentie que » par acte notarié, *excepté dans les cas où la* » *loi indiquera expressément un autre mode de* » *l'établir* [2]. » Mais où trouver, dans nos lois françaises, une disposition équivalente à celle-ci?

Ce que je viens de dire des baux des établissements publics s'applique aux baux des biens domaniaux dont la forme est réglée par l'art. 14 du tome 2 de la loi du 28 octobre 1790. Plus d'hypothèque générale attachée de plein droit aux baux passés par l'administration pour ces sortes de biens : la spécialité s'y oppose. Plus de possibilité de stipuler une hypothèque conventionnelle dans des baux administratifs : l'art. 2127 y met obstacle par ses dispositions restrictives. Le ministère des notaires est désormais nécessaire pour ajouter l'hypothèque à un contrat de bail résultant d'un acte de l'administration.

Ces actes ne sont pas les seuls que l'administration a le droit de faire, et qui, quoique authentiques, sont cependant impuissants pour donner à une convention hypothécaire un caractère de validité. Par exemple, un décret du 29 mai 1811 [3] décide qu'un acte de remplacement fait par un préfet, dans lequel un sieur Boursier s'était engagé à payer au sieur Roulot une somme de 4,400 fr., pour sûreté de laquelle Boursier avait hypothéqué une maison sise à Paris, ne donnait à Roulot aucun droit hypothécaire; que pour acquérir hypothèque conventionnelle, ce dernier aurait dû faire passer l'acte dont il s'agit devant notaire. Je ne sais si ce décret

[1] Décision conforme du ministre de la justice, en date du 27 messidor an 7. Il disait : Il aurait été sans doute à » désirer que la loi du 11 brumaire an 7 se fût expliquée » positivement sur ce point, au lieu de ne faire mention » que des créances résultant d'actes notariés. Mais il est » *évidemment dans le vœu de la loi de ne point refuser à* » *des actes passés par des corps administratifs pour des* » *objets de leur compétence toute l'authenticité et la force* » *qu'elle reconnaît à ceux des notaires et des tribunaux.* » Mais le ministre de la justice aurait-il pu en dire autant du Code civil, dont l'art. 2127 est tout à fait exclusif, et parle bien plus énergiquement que la loi de l'an 7?

[2] *Revue étrangère*, t. 1, p. 648.

[3] *Bulletin des lois*, t. 7, 4e série, p. 2.

est dû à une des lueurs passagères de légalité qui, quelquefois, portaient Napoléon à comprimer la tendance envahissante de son administration. Quoi qu'il en soit, cet acte demeure; il nous appartient, et nous y voyons la preuve de tout ce qu'il faut rabattre de cet art. 14 du titre 2 de la loi du 28 octobre 1790, qui voulait que *les actes administratifs* eussent la même puissance que les actes notariés.

Reste l'examen d'une dernière question : c'est celle qui consiste à savoir si les marchés passés par les autorités administratives avec les entrepreneurs, marchands, ouvriers et fournisseurs produisent hypothèque sur les biens de ceux-ci. Voyons, avant tout, le texte de la loi qui sert de base aux prétentions de l'administration pour échapper à l'art. 2127 du Code civil. La loi du 4-9 mars 1793 est ainsi conçue : « Art. 3. Quoique les marchés » (avec les entrepreneurs, marchands, ou» vriers et fournisseurs) soient passés par » des actes sous signatures privées, la nation » aura néanmoins hypothèque sur les im» meubles appartenant aux fournisseurs et » à leurs cautionnements, à compter du jour » où les ministres auront accepté les mar» chés. » Ainsi, d'après cette disposition, l'état avait une hypothèque générale de plein droit par la force de l'acceptation ministérielle qui donnait au marché son authenticité : c'était la reproduction du système déjà consacré par l'art. 14 du titre 2 de la loi du 28 octobre 1790. Dès lors il semble que la loi du 11 brumaire an 7 et le Code civil aient dû l'entraîner dans le même néant que celui-ci. Néanmoins la cour de Paris a cru devoir décider, par arrêt du 29 mars 1830, que l'adjudication de travaux de construction, passée par le préfet du Bas-Rhin à un sieur Duplan, emportait *privilége ou simple hypothèque non déterminée*, et que le Code civil, loin d'ébranler la loi du 4-9 mars 1793, en avait au contraire confirmé les dispositions par son art. 2098. Mais je crois qu'il est difficile de trouver un arrêt où les vrais principes de la matière soient plus ouvertement méconnus. On demande à la cour royale de Paris si l'hypothèque dont parle la loi de 1793 a été abolie par les lois subséquentes, et elle va chercher sa réponse dans l'article 2098, qui n'est relatif qu'aux *priviléges*, qui ne réserve les droits du trésor royal que pour *les priviléges*. C'est la première fois peut-être qu'il est arrivé de confondre deux droits aussi distincts que l'hypothèque et le privilége. Et où donc la cour royale de Paris a-t-elle vu que la loi de 1793 parle de privilége? Depuis quand est-il permis de mettre sur la même ligne, et d'unir comme équipollents, *un privilége et une simple hypothèque non déterminée?*

Le privilége écarté, et en se renfermant dans le cercle d'une simple hypothèque, voici, si je ne me trompe, ce que la cour royale de Paris aurait dû voir. De deux choses l'une : ou la loi de 1793 a voulu donner à l'État une hypothèque légale sur les biens des fournisseurs, ou elle n'a entendu qu'attribuer à l'acceptation ministérielle les effets hypothécaires que tous les actes authentiques produisent alors. Dans le premier cas, sa disposition est abolie par l'art. 2121 du Code civil, qui ne donne d'hypothèque légale à l'État que sur les biens des comptables (*supra*, n° 430). Dans le second cas, qui est le plus probable, la spécialité a anéanti les hypothèques non déterminées attachées de plein droit par l'ancienne jurisprudence à toutes les conventions authentiques.

Mais que devrait-on décider si le marché passé par le préfet contenait une stipulation d'hypothèque spéciale? La cour de cassation vient de décider, par arrêt du 12 janvier 1835 portant cassation d'un arrêt de Pau du 16 juin 1832, qu'une telle constitution d'hypothèque est valable. Il s'agissait dans l'espèce d'une adjudication, faite en la forme administrative, des travaux à faire au lazaret de Bayonne. L'adjudicataire, par acte sous seing privé passé avec le préfet, avait déclaré hypothéquer différents immeubles pour garantie de l'exécution de ses obligations. L'arrêt de la cour de cassation est ainsi conçu : « Vu l'art. 14 de la loi du » 28 novembre 1790, les art. 1 et 3 de la loi » du 4 mars 1793, et les art. 2127, 2132 du » Code civil;

» Attendu que de la combinaison des lois » ci-dessus visées, il résulte que le minis» tère des notaires n'est point nécessaire » pour les marchés passés avec l'administra» tion, et que les actes administratifs conte» nant les stipulations relatives auxdits mar» chés portent hypothèque;

» Attendu que, dans l'espèce, il s'agit de » la validité d'une inscription prise par le » préfet du département des Basses-Pyrénées, » au sujet de l'adjudication faite au sieur » Romain Lagarde, pour la construction » d'un lazaret maritime à Bayonne, suivant » sa soumission acceptée par le conseil de

» préfecture de ce département; qu'ainsi, » sous ce premier rapport, quoique l'acte » ne soit pas notarié, *il est hors de doute que* » *l'inscription est valable*;... CASSE. »

Cet arrêt a d'abord un grand défaut, c'est qu'il répond aux arguments serrés et pressants de l'arrêt de la cour de Pau par une pétition de principe. La cour de cassation a beau dire, pour colorer probablement l'exiguïté de ses motifs, que l'opinion qu'elle consacre *est hors de doute*. C'est là une assertion, et non pas une excuse; car la question est vivement controversée, comme le prouve l'arrêt de la cour royale, et d'ailleurs la cour de cassation, qui ne doit sa haute considération qu'à ses hautes lumières, sait mieux que personne que, dans notre siècle, l'autorité ne se conquiert que par la raison, et que la raison, toute puissante qu'elle est, doit se donner la peine de prouver ce qu'elle avance, sous peine de trouver des incrédules.

La cour de cassation se borne donc à affirmer que le ministère des notaires n'est pas nécessaire pour les marchés passés avec l'administration; et, ce qui me paraît fort, elle assoit cette proposition sur la conciliation de la loi de 1790 avec l'art. 2127 du Code civil. Mais ce qu'elle appelle une *combinaison* de ces deux lois n'est autre chose qu'un pêle-mêle des dispositions les plus hétérogènes, et un démenti donné à l'art. 2127. Comment donc! cet art. 2127 décide que l'hypothèque conventionnelle *ne peut être consentie* QUE par un acte notarié, et l'on prétendra faire valoir à sa face des hypothèques consenties par acte non notarié! On maintiendra sans modification la loi de 1790, et l'on ne conviendra pas qu'au moins en ce qui concerne les stipulations d'hypothèque, les marchés passés par l'État avec ses entrepreneurs et fournisseurs doivent être notariés! On ne voudra tenir nul compte ni du langage restrictif du Code civil, seule loi complète et vivante sur la constitution de l'hypothèque, ni de l'art. 2115, qui n'admet l'hypothèque que lorsqu'elle se présente avec les formes voulues par la loi! Il faudra laisser inaperçues ces paroles énergiquement prohibitives de l'art. 2127, lorsqu'on sait cependant qu'à l'époque où elles ont été formulées, la question actuelle était déjà pendante, et que les ministres prétendaient que la loi du 11 brumaire an 7 était trop vague pour la faire décider contre l'administration! Eh bien! je le demande, y a-t-il de l'amphibologie dans l'art. 2127? Parle-t-il d'une manière énonciative des actes notariés comme l'art. 2 de la loi de brumaire an 7? Pourquoi sa pensée est-elle exprimée d'une manière plus sévère? Y avait-il des actes non notariés, autres que ceux de l'administration, qui prétendissent à l'hypothèque? N'est-il pas certain que les contrats administratifs étaient les seuls à vouloir rivaliser avec les actes notariés? Dès lors n'est-il pas clair qu'en se renfermant dans une formule absolue et exclusive, l'art. 2127 a voulu précisément et hautement condamner l'opinion de l'administration et ramener à l'unité la constitution de l'hypothèque?

Telle est mon opinion. J'y persiste, non par une obstination mesquine, mais parce que les raisons qui entraînent ma conviction ne sont pas même effleurées par la décision de la cour de cassation. Je ne change pas au gré d'un arrêt, surtout lorsque cet arrêt est vide de motifs.

506. Quant aux actes sous seing privé qui concèdent hypothèque, ils sont destitués d'effet. Ils ne peuvent servir de base à une inscription, qu'autant qu'ils ont été reconnus en jugement. Mais alors l'hypothèque qui les accompagne est plutôt une hypothèque judiciaire (*supra*, n° 443) qu'une hypothèque conventionnelle.

On demande si, lorsque la reconnaissance de l'acte sous seing privé se fait par-devant notaire, lorsque, par exemple, les parties déposent chez un notaire l'acte sous seing privé, et qu'il en est dressé procès-verbal, cet acte sous seing privé devient authentique, et peut produire hypothèque.

L'affirmative n'est pas douteuse. Voici en effet ce qu'on lit dans la discussion qu'a subie au conseil d'État l'art. 2127 [1].

« Duchâtel demande qu'on attribue à la » reconnaissance de la signature, lorsqu'elle » est faite devant notaires, la même force » que lorsqu'elle est faite en jugement.

» Berlier dit qu'il n'y a point de motif » pour admettre cet amendement. En effet, » s'il s'agit d'un titre sous seing privé, dont » la reconnaissance ait été poursuivie en » justice, l'art. 2123 y pourvoit. L'hypothèque, en ce cas, devient judiciaire. Si au » contraire il s'agit d'un titre sous seing » privé, que toutes les parties intéressées

[1] Procès-verbal de la séance du 5 ventôse an 12. Locré, t. 8, p. 209.

» aient porté à un notaire pour lui donner » la forme authentique par la transcription, » l'*annexe*, ou une nouvelle rédaction, l'article en discussion suffit. Car l'acte notarié » donne ouverture à l'hypothèque, et dès » ce moment elle peut être acquise, en ob- » servant les formalités prescrites par la loi.

» Treilhard dit que les actes sous seing » privé deviennent des actes devant notaires, » pourvu que la reconnaissance ait lieu de » la part de ceux contre qui elle fait preuve. » S'ils n'étaient déposés que par l'une des » parties, *à moins que ce ne fût le débiteur*, la » reconnaissance ne serait pas complète.

» L'article est adopté. »

C'est en effet ce qui avait lieu dans l'ancienne jurisprudence. On y regardait comme authentiques les actes sous seing privé *reconnus* devant notaires par *le debiteur*. Ils produisaient hypothèque du jour de la reconnaissance [1]. On doit dire la même chose du cas où l'acte a été, non pas reconnu, mais déposé chez un notaire du consentement des parties. Il y a alors reconnaissance implicite. Cette vérité si palpable a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1815. Merlin en rapporte l'espèce [2] et en approuve la décision. Grenier l'adopte également [3], et je ne puis concevoir que quelques auteurs [4] y aient trouvé des difficultés. La question s'est présentée à la cour de Caen dans une espèce où le dépôt avait été fait chez un notaire *par le créancier seul*, mais par suite d'une clause de l'acte sous seing privé portant : « Pour le recon- » naître et déposer devant notaires et le » faire revêtir des formalités voulues par la » loi, les parties se donnent réciproquement » pouvoir, *en présence comme absence*, sans » qu'il soit besoin d'intimation. » Ainsi le créancier avait été le mandataire du débiteur pour opérer ce dépôt. Par arrêt du 22 juin 1824, la cour de Caen décida que le dépôt était valable et que l'acte était authentique et suffisant pour donner existence à l'hypothèque. Les motifs de cet arrêt sont péremptoires, et quoi qu'en dise Dalloz [5], la décision me paraît devoir être approuvée [6].

507. Quel serait le sort d'une hypothèque consentie dans un acte notarié, mais non enregistré dans les délais?

Cette question divise les auteurs.

Merlin [7] et Grenier [8] sont d'avis que l'acte notarié qui n'est pas enregistré dans les délais ne peut valoir que comme acte sous seing privé, et qu'il n'a fixité de date et ne produit hypothèque qu'à compter du jour de l'enregistrement.

Ils se fondent sur l'art. 9 de la loi du 5 décembre 1790, relative à l'organisation de l'enregistrement; cet article est ainsi conçu : « A défaut d'enregistrement dans les délais » fixés, un acte passé devant notaire *ne* » *pourra valoir que comme acte sous seing* » *privé*. L'acte, ayant reçu la formalité » omise, acquerra la fixité de la date et l'hy- » pothèque à compter du jour de l'enre- » gistrement. »

Ce qui était conforme à l'édit du mois de mars 1693, qui (dit son préambule) avait organisé le contrôle pour *constater la date des actes* et leur *donner plus de force et d'authenticité* [9]. Néanmoins il faut dire que, sous l'empire de cet édit, plusieurs auteurs voulaient que le contrôle, en quelque temps qu'il fût fait, produisît effet rétroactif et que l'hypothèque remontât au jour de l'acte [10].

Mais l'opinion de Merlin et de Grenier est combattue par Favard Langlade [11], par les auteurs du Dictionnaire de l'enregistrement [12], par Rolland de Villargues et par Dalloz [13]. Deux arrêts l'ont même condamnée, l'un de la cour de cassation du 23 jan-

---

[1] Basnage, *Hyp.*, chap. 12. Pothier, *Orléans*, tit. 20, nº 13.

[2] *Répert.*, vº *Hyp.*, p. 404.

[3] Grenier, nºs 67, 68.

[4] Pailliet, sur l'art. 2127. Delvincourt, t. 8, p. 58 et suiv.

[5] Dalloz, *Hyp.*, nº 6.

[6] *Voy.* Rejet, 15 fév. 1832; Paris, 16 juin 1832; Duranton, nº 361. *Voy.* aussi Delvincourt, t. 8, p. 61, et Metz, 24 mars 1819. — La stipulation d'une hypothèque, nulle en ce qu'elle n'a été consentie par l'obligé que dans un acte sous seing privé, peut devenir valable, à l'égard de ses héritiers, lorsque ceux-ci, en passant acte authentique de reconnaissance de l'obligation sous seing privé, ont consenti que cette obligation restât déposée au rang des minutes du notaire : il n'est pas nécessaire, en ce cas, que l'acte de reconnaissance ou de dépôt contienne une stipulation expresse relative à l'hypothèque. (Code civil, art. 2127 et 875. Rejet, 15 février 1832. Sirey, t. 32, 1re part., p. 792.)

[7] Merlin, *Répert.*, vº *Enregist.*, § 4; vº *Hyp.*, p. 406.

[8] *Hyp.*, t. 1, nº 17.

[9] Dalloz, vº *Enregist.*, p. 1, nº 1.

[10] D'Héricourt, chap. 11, sect. 2, nº 37. Soulatges, *Hyp.*, p. 56. Grenier, *loc. cit.*

[11] *Répert.*, vº *Acte notarié*, § 1, nº 3.

[12] Vº *Acte*, nº 33.

[13] Vº *Hyp.*, t. 17, p. 231, nº 6.

vier 1810 [1], l'autre de la cour de Bourges du 17 mai 1827 [2], qui est motivé avec force et qui discute la question avec étendue.

Ce second sentiment me paraît préférable. En effet, la loi de 1790 a été abrogée par la loi du 22 frimaire an 7, qui s'est contentée de soumettre à une amende le notaire coupable du défaut d'enregistrement dans les délais prescrits. C'est le motif donné par l'arrêt de la cour de cassation du 23 janvier 1810. Mais il faut entrer dans quelques développements pour prouver cette vérité.

La loi de 1790 avait entendu faire de l'enregistrement une mesure qui ne fût pas absolument fiscale. Elle avait voulu qu'il servît « *à constater les dates, l'ordre des hypothèques,* » *l'existence des conventions,* les époques et » les conditions de la propriété ; enfin qu'il » imprimât un caractère inaltérable, en » fixant les volontés et en garantissant la » fidélité réciproque [3]. » C'est pourquoi l'art. 2 portait : « *Les actes des notaires et les* » *exploits des huissiers seront assujettis, dans* » *toute l'étendue du royaume, à un enregistre-* » *ment, pour assurer leur existence et constater* » *leur date.* »

On a vu que c'était aussi, sous prétexte d'*assurer la date des actes*, que l'édit de 1693 avait fait du contrôle une formalité indispensable dans l'ancien régime. Cet édit avait presque opéré une révolution. Il avait soulevé une foule d'oppositions. Plusieurs villes, plusieurs provinces avaient obtenu ou *gratuitement* ou *moyennant finance* d'en demeurer affranchies. On peut citer la Flandre, le Hainaut, le Cambrésis, l'Artois, l'Alsace, et surtout la ville de Paris [4]. On voit, par le rapport du comité d'impositions de l'assemblée constituante, avec quelle opiniâtreté les notaires de Paris s'opposèrent à la formalité de l'enregistrement, à laquelle l'assemblée voulait les soumettre comme les autres notaires de France ; mais leurs réclamations ne furent pas écoutées, et la loi de 1790 les assujettit au principe d'uniformité qui dominait tout, dans la législation régénérée de la France.

L'enregistrement fut donc invoqué comme mesure tendant à fixer *la date des actes;* la main du notaire ne suffisait pas. Aussi, lorsque l'assemblée constituante organisa le notariat, dans sa définition des fonctions des notaires, elle se borna à dire que ces officiers imprimaient à l'acte l'*authenticité*, sans parler de la date. « Il sera établi dans tout le » royaume des fonctionnaires publics char- » gés de recevoir tous les actes, et de leur » donner le caractère d'*authenticité* attaché » aux actes publics [5]. »

Quoi qu'il en soit, il me semble que la loi de 1790 ne faisait autre chose que colorer une mesure fiscale par un faux prétexte d'utilité, lorsqu'elle disait que l'enregistrement donnait aux actes publics la fixité de la date. Elle exigeait, en effet, que l'acte notarié fût présenté à l'enregistrement dans les dix jours *qui suivront la date* (art. 8), et l'on sait que si cette présentation était faite, l'acte prenait rang et date, non du jour de l'enregistrement, mais du jour de la date apposée par la notaire [6]. Dès lors, quelle garantie cet enregistrement offrait-il contre les antidates? Qui répondait que le notaire n'avait pas choisi une date plutôt qu'une autre? Combien d'antidates possibles dans ce laps de dix jours, qui était porté à vingt pour les lieux qui n'étaient pas le siége d'un bureau? Quand la loi dit que les actes sous seing privé n'ont de date certaine que du jour de l'enregistrement, je vois alors une règle précise, appliquée logiquement, et arrivant aux résultats auxquels elle tend. L'enregistrement est tout, le dire des parties n'est rien quant à la date. Mais quand on me dit qu'un acte, pourvu qu'il soit enregistré dans les dix jours, prendra date de l'époque indiquée par le notaire, et non pas de l'époque de l'enregistrement, je ne conçois plus que l'enregistrement soit un moyen de *constater la date*.

La loi du 22 frimaire an 7, qui a refondu toutes les lois antérieures sur l'enregistrement, n'a pas répété les dispositions de la loi de 1790, dont je viens de parler. Faut-il s'étonner qu'elle soit rentrée dans le vrai, en mettant de côté ce charlatanisme de fixité de dates, qui n'était que dans les mots?

L'art. 75 de cette loi a même abrogé d'une

---

[1] Je ne l'ai pas trouvé dans l'ouvrage de Dalloz. Rolland de Villargues le rapporte dans sa *Jurisprudence du notariat*, p. 148.

[2] Villargues, *loc. cit.*, 1829, p. 641, 642, 643. Dalloz n'a pas donné cet arrêt.

[3] Rapport fait à l'assemblée constituante par le comité d'impositions, le 24 novembre 1790.

[4] *Répert.*, v° *Enregistrement.*

[5] Loi du 6 octobre 1791.

[6] Arrêt de la cour de cassation du 1er brum. an 13. *Dict. de l'enregist.*, v° *Acte.*

manière générale et absolue la loi de 1790. Il porte : « *Toutes les lois rendues sur les* » *droits d'enregistrement, et toutes disposi-* » *tions d'autres lois y relatives sont abrogées.*

Merlin et Grenier font ici une objection que la cour de Grenoble traite de *subtilité dénuée de tout fondement raisonnable.* Ils disent : L'art. 73 n'a abrogé que ce qui était relatif aux *droits* d'enregistrement, mais non à la formalité elle-même ; il n'a parlé que de ce qui, dans les lois précédentes, était purement fiscal ; il laisse subsister tout ce qui y est étranger.

Cette objection tombe devant les termes de la loi de l'an 7, qui abroge non pas certaines dispositions des lois *rendues sur les droits d'enregistrement,* mais les lois elles-mêmes, dans leur entier et dans toutes leurs parties, afin qu'il n'y ait plus qu'un Code de l'enregistrement, renfermé dans la loi nouvelle. Or la loi de 1790 est une loi *sur les droits d'enregistrement.* Lorsque la commission des impositions de l'assemblée constituante présenta le projet, qui devint, depuis, la loi de 1790, elle dit dans son rapport : « C'est » d'après ces réflexions que nous avons ré- » digé le projet de décret que nous vous » soumettons sur *les droits* appelés si impro- » prement domaniaux. » Et ce projet porte l'intitulé suivant : « *Projet de décret sur* LE » DROIT *d'enregistrement des actes civils et ju-* » *diciaires,* et des titres de propriété. »

Ouvrons d'ailleurs la loi de 1790 elle-même : dans son article premier, elle abroge *les droits de contrôle* et tous autres de même nature.

Dans l'art. 2, elle établit la formalité de l'enregistrement, et ajoute : « A raison de » cette formalité, il sera payé *un droit dont* » *les proportions seront réglées ci-après.* »

Dans l'art. 3, elle divise les actes de propriété en trois classes pour la perception du *droit* d'enregistrement.

Les art. 4 et 5 déterminent les bases du *droit* d'enregistrement sur ces différents actes.

L'art. 6 impose deux fois la somme du *droit* sur la valeur des objets omis dans les déclarations des parties.

L'art. 7 indique sur quelles classes et sections du tarif *la somme du droit sera réglée.*

Les art. 8 et 9 indiquent dans quels délais les actes doivent être présentés à l'enregistrement ; ils déterminent des peines contre les actes dont l'enregistrement a été retardé, et aussi des peines contre les officiers retardataires, et les notaires sont astreints à payer *deux fois les droits ;* d'où il suit que cet article 9, dont s'appuient Merlin et Grenier, aboutit positivement à une disposition *sur les droits d'enregistrement !*

L'art. 10 s'occupe des *droits* sur les actes *judiciaires.*

Puis viennent plusieurs dispositions sur les droits auxquels sont assujettis les actes sous seing privé, sur les déclarations de succession, sur l'établissement des bureaux pour l'enregistrement, sur la prescription des actions en supplément de *droits,* ou en restitution de *droits,* et l'on arrive à l'article 21 portant : « La perception *des droits* » *d'enregistrement réglés par le présent décret* » et par *le tarif annexé* n'aura aucun effet » rétroactif. »

« L'article final s'occupe de *l'introduction* » et de *l'instruction des instances relatives à la* » *perception des droits d'enregistrement.* »

Et c'est en présence de pareilles dispositions, qu'on viendrait soutenir que la loi de 1790 n'est pas essentiellement et fondamentalement *une loi rendue* (comme le dit l'art. 73 de la loi du 22 frimaire an 7) sur *les droits d'enregistrement !*

Cette loi est donc abrogée, et aucune de ses parties ne doit survivre à la disposition générale de la loi de l'an 7, qui abroge tout ce qui est « *loi rendue sur les droits d'enregis-* » *trement.* » La loi de 1790 est un corps complet où tout se lie, où la matière est organisée dans un esprit homogène. De deux choses l'une : ou elle n'est pas abrogée du tout, ce que personne n'oserait prétendre, ou elle est abrogée dans son entier.

Mais comparons l'art. 9 de la loi de 1790, avec les articles correspondants de la loi du 22 frimaire an 7.

Cet article, partant du principe posé dans l'art. 2 et rappelé ci-dessus, disait que l'acte non enregistré dans les délais fixés *ne vaudrait que comme acte sous seing privé,* que le notaire serait responsable de l'omission envers les parties, et qu'il payerait le double droit ; que cependant l'acte, ayant reçu après coup la formalité requise, acquerrait fixité de date et hypothèque à compter du jour de l'enregistrement.

Puis venait un paragraphe relatif aux actes d'huissiers. Ils sont *déclarés nuls* à défaut d'enregistrement ; et les huissiers sont condamnés à une amende de 10 fr. pour chaque exploit non enregistré.

Les auteurs de la loi du 22 frimaire an 7

se sont occupés de la sanction pénale des dispositions qu'ils ordonnaient dans les articles 33, 34 et suivants.

L'art. 34 est relatif aux huissiers : il leur impose une amende de 25 fr., et, de plus, une somme équivalente au montant du droit de l'acte non enregistré. Puis il s'arme des mêmes rigueurs que l'art. 8 de la loi de 1790, et il *déclare nuls* l'acte et le procès-verbal non enregistrés dans les délais. Voici donc l'art. 8 de cette loi reproduit dans la loi nouvelle. Le législateur de l'an 7 l'avait sous les yeux ; il y a puisé sa règle de conduite, en ce qui concerne les huissiers.

En a-t-il été ainsi à l'égard des notaires ? Nullement. Ici le législateur abandonne tout à fait les errements de l'art. 8, et, dans son art. 33, il se borne à condamner ces officiers ministériels à une amende et au payement du droit ; mais il ne dit plus que l'acte non enregistré ne vaudra que comme acte privé, et qu'il n'acquerra fixité de date et hypothèque, que du jour de l'enregistrement tardif. Pourquoi donc cette imitation de la loi de 1790 en ce qui concerne les huissiers, et cette dissemblance en ce qui concerne les notaires ? N'est-il pas clair que le nouveau système rejette les principes de l'ancien sur la valeur de l'enregistrement quant à la fixité des dates des actes notariés ? Il me semble impossible de rien répondre de concluant à un rapprochement aussi frappant.

Veut-on maintenant savoir la cause de ce changement de système ?

D'abord il n'était pas exact de dire, comme le faisait la loi de 1790, que l'enregistrement donnait aux actes notariés la fixité de la date ; j'ai prouvé ci-dessus que les dispositions de cette loi étaient en opposition avec ses promesses.

De plus, nous avons vu tout à l'heure que les auteurs de la loi de 1790 avaient appelé à leur secours la formalité de l'enregistrement *pour constater l'ordre des hypothèques*. Mais tout cela était devenu inutile par la loi du 11 brumaire an 7, qui avait réorganisé le régime hypothécaire, et qui avait voulu que l'hypothèque fût toujours spéciale, et que *l'ordre des hypothèques dépendît de l'ordre des inscriptions*.

Enfin la crainte des antidates, qui avait servi de thèse au législateur de 1790, devait beaucoup moins frapper les auteurs de la loi du 22 frimaire an 7, puisque la loi du 11 brumaire de la même année faisait dépendre les transmissions de propriété, non pas du jour des actes notariés, mais du jour de la transcription de ces actes dans les bureaux du conservateur.

Sous tous ces rapports, les peines portées par la loi de 1790 devenaient donc inutiles et gênantes, et l'on conçoit qu'elles aient été abrogées.

Aussi, voyez la loi du 25 ventôse an 11 sur le notariat. « Les notaires, dit-elle, sont » des fonctionnaires publics établis pour re» cevoir tous les actes et contrats auxquels » les parties doivent ou veulent faire don» ner le caractère d'authenticité attaché aux » actes de l'autorité publique, et pour *en* » *assurer la date*, en conserver le dépôt, en » délivrer des grosses et des expéditions. »

Ainsi la date d'un acte ne dépend plus de son enregistrement : c'est le notaire qui, par le caractère dont il est revêtu, assure aux dates leur fixité. Voilà donc la loi de 1790 abrogée par la loi du 25 ventôse an 11, comme elle l'avait été par la loi du 22 frimaire an 7, et ces deux dernières lois se rencontrent dans le même système. Notez que les expressions de la loi de l'an 11 sont d'autant plus remarquables qu'elles ajoutent à la loi de 1791 sur le notariat, qui se taisait sur la fixité des dates apposées par les notaires ; car elle s'en rapportait au principe posé dans les art. 2 et 8 de la loi de 1790. La démonstration est donc maintenant complète.

Il ne faut pas se le dissimuler, au surplus, les dispositions relatives à l'enregistrement (dont je ne veux pas nier l'utilité sous d'autres rapports) n'ont jamais été un préservatif contre les antidates, puisque l'enregistrement opéré en temps utile a toujours produit un effet rétroactif à la date apposée par le notaire. Le véritable remède contre les antidates est dans les répertoires que tiennent les notaires, et sur lesquels ils doivent inscrire jour par jour, sans blanc ni interligne, les actes qu'ils reçoivent [1]. C'est ce que disait Loyseau, en se plaignant des inconvénients qui résultaient, de son temps, de l'oubli où était tombée l'ordonnance de 1535, qui prescrivait la tenue de pareils répertoires. Après avoir rappelé des exemples d'antidates et de faux, il ajoutait [2] :

[1] Art. 49 de la loi du 22 frimaire an 7. Art. 14 de la loi de 1790, *sur l'enregistrement*. Ordonn. de 1535.

[2] *Off.*, liv. 2, chap. 5, nos 73, 74, 75.

« Pour donc obvier à ces deux méchancetés,
» à sçavoir, de l'antidate et du changement
» de la feuille du milieu...., il serait très-
» nécessaire de renouveler les ordonnances
» qui enjoignent aux notaires de faire des
» registres continus. »

Concluons de tout ceci que l'hypothèque doit toujours remonter à la date de l'acte public, pourvu que, dans un délai quelconque, cet acte soit présenté à l'enregistrement, et que dès lors l'inscription prise avant l'enregistrement (ce qui pourrait arriver dans le cas d'une fausse mention de l'enregistrement) doit produire tout son effet [1].

508. J'ai dit ci-dessus (nos 471 et suiv., 476, etc.) que l'on peut prendre inscription en vertu d'une convention conditionnelle et quoique le montant de l'obligation ne soit pas encore liquidé.

J'ai cité pour exemple le cas d'un particulier qui s'est obligé de fournir à un manufacturier des matières brutes, lesquelles matières le manufacturier s'est obligé de son côté à fabriquer, pour le compte de ce propriétaire, en lui donnant une hypothèque sur ses biens pour une somme déterminée. J'ai dit que, quoique cette convention dépendît des livraisons ultérieures à faire par le propriétaire, elle était obligatoire à l'égard du manufacturier.

Mais j'ai annoncé, au n° 477, que les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si le propriétaire devait justifier ses fournitures par des quittances authentiques ou par des actes sous seing privé.

Persil pense que des quittances par acte public sont nécessaires [2]. Merlin est d'avis que des quittances sous seing privé suffisent, et l'on peut voir que Grenier, malgré ses incertitudes, est enclin à suivre cette seconde opinion.

Je pense qu'on doit la préférer.

Il faut distinguer ici deux choses, l'acte qui constitue l'hypothèque, et l'acte qui liquide la créance.

L'acte constitutif de l'hypothèque doit être authentique, et cela a eu lieu dans l'espèce proposée.

Mais pourquoi la même condition serait-elle exigée pour la liquidation de la créance? La loi ne la requiert pas.

Les tiers pourraient-ils se plaindre? mais sur quoi donc seraient fondées leurs doléances? L'inscription leur a fait connaître l'acte authentique, qui est la cause efficiente de l'hypothèque; ils ont pu apprécier l'importance des obligations dans lesquelles leur débiteur se trouvait déjà engagé. L'inscription leur a fait également connaître le montant par évaluation du capital de la créance. De quel droit exigeraient-ils quelque chose de plus? Ils ont dû, par tous ces documents, se tenir pour avertis, et ils ne peuvent être reçus à critiquer des actes qu'ils ont connus quand ils ont traité avec le débiteur, et qu'ils doivent respecter, à moins qu'ils ne fassent valoir des moyens de fraude.

509. C'est par ces principes qu'on doit décider la question de savoir si, un mandant ayant consenti hypothèque au profit de son mandataire, pour le payement de ses indemnités, de ses salaires, avances ou frais, le mandataire doit prouver par des actes authentiques qu'il est créancier de ces indemnités, salaires, avances ou frais.

La négative est incontestable.

Le mandataire a fait inscrire l'acte public, qui lui donne hypothèque sur les biens du mandant; l'inscription évalue la créance éventuelle. Les tiers, qui ont traité avec le mandant, ont connu tout ce qu'ils ont dû connaître. On ne demande pas à leur débiteur plus que ce que l'inscription a annoncé qu'il devait, et ils seraient mal reçus à critiquer une inscription sous l'influence de laquelle ils se sont cependant déterminés à contracter. La liquidation de la créance du mandataire est une affaire de lui au mandant, et rien n'empêche que les actes sous seing privé n'y soient admis.

Toutefois, dans l'ancienne jurisprudence, Raviot sur Perrier [3] voulait que les actes de gestion fussent constatés d'une manière authentique; mais les raisons sur lesquelles il se fonde ont été fort bien réfutées par Merlin [4]. On peut y ajouter celle-ci : c'est que dans l'ancienne jurisprudence, où l'hy-

---

[1] L'hypothèque conventionnelle est valable et prend date du jour même de l'acte notarié qui la confère, quoique cet acte n'ait point été enregistré : l'enregistrement n'est nullement nécessaire à l'efficacité de l'hypothèque. Code civil, art. 2127; L. 22 frim. an 7, art. 32; Toulouse, 12 déc. 1835; Sirey, t. 36, 2e part., p. 432. *Sic*, Zachariæ, t. 2, § 266, note 15; Solon, *Théor. des null.*, t. 1, n° 174.)

[2] Dalloz est aussi de ce sentiment, v° *Hyp.*, t. 17, p. 243, n° 20.

[3] *Quest.* 90, n° 31.

[4] *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 397, col. 2.

pothèque était occulte, on pouvait se montrer sévère sur les actes justificatifs de la liquidation de la créance. Mais aujourd'hui que l'hyothèque est publique, que l'on connaît d'avance le créancier, et l'évaluation de la créance, on ne peut soupçonner facilement la fraude, et les tiers qui viennent tardivement critiquer ce qu'on leur a fait connaître en temps utile sont dans une position peu favorable [1].

510. L'hypothèque conventionnelle peut sans contredit être consentie par procureur.

Mais le mandataire qui n'a qu'une procuration sous seing privé, peut-il constituer une hypothèque valable sur les biens de son mandant, ou bien faut-il que sa procuration soit authentique?

Merlin [2] soutient avec force, contre un arrêt de la cour de cassation du 27 mai 1819, la nécessité que la procuration soit authentique; voici comment il raisonne : Sans doute l'acte authentique passé par le mandataire constitue l'hypothèque. Mais il ne la constitue pas seul. Il ne la constitue que par son identification avec le mandat; ce n'est que dans le mandat qu'est le consentement de qui il tire toute sa force. Isolé du mandat, il n'est rien, le consentement qu'il énonce manque de preuves; il n'y a plus de consentement légalement donné à l'hypothèque [3].

Je crois que la meilleure réponse à cette doctrine subtile se trouve dans les considérants de l'arrêt de la cour de cassation.

« Attendu que le mandat à l'effet de consentir une hypothèque, et l'acte constitutif de cette hypothèque, sont deux choses tout à fait distinctes.

» En ce qui concerne le mandat, attendu que le Code établit comme une règle générale que tout mandat, quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous signature privée, et que, s'occupant dans une position ultérieure du mandat à l'effet de consentir hypothèque, il ne déroge point à la règle qu'il vient d'établir ; il dit, et rien de plus, que ce mandat doit être exprès, et que dans l'espèce ce mandat est exprès.

» En ce qui concerne l'acte constitutif de l'hypothèque, attendu que cet acte est authentique, et consenti par un mandataire spécialement autorisé à grever d'hypothèque les biens de son mandant, rejette. »

La cour de Caen, de qui émanait l'arrêt confirmé par la cour de cassation, a persisté dans sa jurisprudence par un arrêt du 22 juin 1824.

Enfin la cour de cassation a mis le sceau à sa jurisprudence par un nouvel arrêt du 5 juillet 1827, et la majorité des auteurs partage son opinion [4].

En effet, toutes les fois que la loi a voulu déroger à la règle que la nomination d'un procureur peut se faire par acte privé, elle s'en est exprimée (art. 36, 66, 932, etc.). Mais lorsqu'elle ne l'a pas fait, on reste dans le droit commun (art. 1985). C'est ainsi qu'il a été décidé par arrêt de la cour de Toulouse du 19 août 1824; que le donateur peut se faire représenter à la donation par un mandataire muni d'une procuration sans authenticité, par la raison que la loi qui exige un mandat authentique de la part du donataire pour l'acceptation de la donation par procureur (art. 932), n'exige pas la même formalité pour assurer la légalité du concours du représentant du donateur. En général, on reproche à notre législation d'être trop formaliste. Ne multiplions pas les solennités, n'embarrassons pas la jurisprudence de nullités extrinsèques, tant que la loi ne s'en sera pas clairement expliquée [5].

[1] Grenier, nº 29.

[2] *Répert.*, vº *Hyp.*, p. 392, col. 1.

[3] Grenier semble partager cet avis, nº 68.

[4] Persil, art. 2127, nº 6. Battur, *Hyp.*, t. 1, nº 167. Delvincourt, t. 8, p. 80, nº 6. Villargues, vº *Hyp.*, p. 137.

[5] Une inscription hypothécaire peut être prise en vertu d'une sentence arbitrale non homologuée, *à fortiori* si elle est revêtue d'une ordonnance d'*exequatur*. (Bordeaux, 15 déc. 1826.)

L'affectation hypothécaire que consent un débiteur en dehors de l'obligation et en l'absence du créancier, a-t-elle besoin, pour produire effet à l'égard des tiers, d'être préalablement acceptée par le créancier?

En tout cas, l'acceptation résulte suffisamment de l'inscription prise en vertu de cet acte au nom du créancier. (Paris, 22 avril 1835. Sirey, t. 35, 2e part., p. 373.)

Jugé dans le même sens qu'une affectation hypothécaire n'a pas besoin, pour être valable, d'être acceptée par le créancier au profit de qui elle est consentie. (Lyon, 9 mai 1837. Sirey, t. 37, 2e part., p. 468.)

Jugé que la concession d'une hypothèque, consentie par un débiteur au profit de son créancier, par un acte séparé de l'obligation qu'elle a pour objet de garantir, ne produit effet à l'égard des tiers, si le créancier n'a pas été présent à l'acte, que du moment que cette hypothèque a été acceptée. (Code civil, art. 1108, 1134, 2127.)

L'inscription prise en vertu de cet acte, au nom du créancier, peut-elle être considérée comme une acceptation valable? (Toulouse, 31 juillet 1830. Sirey, t. 31, 2e part., p. 133. *Voy.* Pothier, *Oblig.*, nº 4; Toullier, t. 7, nos 24 et suiv.; Duranton, t. 10, nos 52 et 95.)

ARTICLE 2128.

Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités.

SOMMAIRE.

511. Les actes passés en pays étranger ne produisent pas en France l'hypothèque. Raison de cette règle. Objection. Le Code civil a été trop loin.
512. Controverse dans l'ancienne législation française.
512 *bis*. Celui qui a un acte public passé en pays étranger ne peut que se procurer en France une hypothèque judiciaire.
513. Des contrats de mariage passés à l'étranger. Ils ne produisent pas hypothèque. Mais peu importe, puisque l'hypothèque légale se rattache au mariage, abstraction faite du contrat. Opinion décisive de Lamoignon.
513 *bis*. Quoi qu'en dise la cour de cassation, le mariage passé en pays étranger procure hypothèque légale, bien que l'on n'ait pas rempli les formalités exigées par l'art. 171 du Code civil.
513 *ter*. La femme *étrangère*, mariée en pays étranger, a hypothèque en France sur les biens de son mari. La loi qui donne hypothèque à la femme est un statut réel. L'hypothèque est du droit des gens. Dissentiment avec Grenier et Dalloz. Arrêt du grand conseil rendu à la majorité d'une voix. Renvoi.

COMMENTAIRE.

511. L'hypothèque, quant à la manière de l'acquérir, est du droit civil [1]. Elle ne peut découler que d'actes à qui le droit civil a attribué la vertu de la produire. Nous avons vu sous l'article précédent qu'il fallait un acte notarié.

Notre article, continuant à traiter le même sujet, ajoute que les officiers publics appartenant à une puissance étrangère ne peuvent imprimer l'hypothèque sur les biens situés en France. La raison en est, suivant Mornac [2], que l'acte passé en pays étranger, quoique revêtu des formes solennelles voulues en ce pays, ne vaut en France que comme acte sous seing privé. « *Obligatio » extra Galliam contracta, pro simplici chi» rographo est in Gallia.* »

Sans doute, les actes passés par des officiers publics étrangers font foi en France. Ils ont, comme le dit Pothier [3], *une autorité de créance*. Mais ils n'ont pas l'autorité publique *de pouvoir*, qui est nécessaire pour imprimer le droit d'hypothèque sur les biens des contractants. Nous n'admettons en France d'autorité publique de cette espèce que celle qui émane du roi.

Quelques personnes s'étonnent cependant qu'un testament passé en pays étranger ait la puissance de changer l'ordre des successions réglé par la loi nationale, de dépouiller les héritiers du sang d'une hoirie qui faisait leur espérance, pour l'attribuer à un individu sans lien de parenté avec le défunt, et qu'un acte de constitution d'hypothèque reste sans effet, si les officiers d'un prince étranger l'ont reçu! Pourquoi cette condescendance d'une part en faveur d'un acte si grave, et cette rigueur de l'autre contre un acte qui l'est beaucoup moins? D'ailleurs, est-il absolument indispensable de permettre aux testaments de se multiplier, et n'est-il pas bien plus nécessaire que le contrat d'hypothèque, si favorable au commerce, si utile dans toutes les relations d'affaires, soit dégagé d'entraves inutiles puisées dans des susceptibilités diplomatiques assez frivoles?

On conçoit cependant que, dans l'ancienne législation, on ait adopté à l'égard de l'hypothèque la maxime de Mornac. L'hypothèque découlait de l'authenticité même de l'acte; elle était un effet *de la puissance publique* inhérent à la forme du contrat; alors il était possible de comprendre qu'une pareille puissance ne s'attachât pas aux actes

[1] *Supra*, nos 429 et 392.
[2] Sur la loi dern. Dig. *de jurid.*, no 11.
[3] *Orléans*, tit. 20, no 9.

passés par des officiers étrangers; et les raisons données par Pothier sont toutes décisives [1]. Mais ont-elles la même force quand on les applique au système adopté par le Code civil sur l'hypothèque conventionnelle? Notre hypothèque conventionnelle résulte *de la convention et de la volonté des parties*. L'autorité *de créance* qui s'attache au contrat ne suffit-elle pas? N'est-ce pas assez qu'il soit constant que la partie a voulu obliger sa propriété et la grever d'une charge?

A ces raisons, qui ne manquent pas de force, on peut opposer cependant cette considération, qu'un acte de constitution d'hypothèque se résout toujours *en exécution*, et que l'exécution forcée des contrats est un attribut réservé à la puissance publique du pays où cette exécution doit avoir lieu [2].

L'expropriation est une mesure des plus graves [3]. On n'arrache pas une propriété à un citoyen, sans que la société en conçoive quelques inquiétudes. La puissance nationale inspire seule assez de confiance pour qu'on lui ait réservé exclusivement le droit d'ordonner ce moyen de contrainte; il ne peut donc résulter que d'actes émanés des délégués du prince, et jamais de contrats passés devant des officiers étrangers.

Mais remarquez que notre article va plus loin: il ne se borne pas à dénier la voie exécutive aux hypothèques concédées en pays étranger, il refuse de reconnaître comme valable la stipulation d'hypothèque elle-même; cette stipulation est inefficace, d'après notre texte. Or, c'est en quoi je trouve que le Code s'est montré beaucoup trop sévère [4].

512. Au surplus, dans l'ancienne jurisprudence française, la question tranchée par le Code civil était fort controversée [5].

L'ordonnance de 1629 (art. 121) avait en vain décidé que les contrats et obligations reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auraient aucune hypothèque ni exécution en France, et tiendraient lieu de simples promesses.

Mais cette ordonnance ne fut jamais observée au parlement de Paris, ni citée comme loi dans les plaidoiries des avocats [6]. La défaveur qui s'attachait presque toujours à un enregistrement forcé l'avait fait repousser dans le ressort d'autres parlements, malgré la sagesse de ses dispositions.

Livrés à l'arbitraire de leurs opinions individuelles, les jurisconsultes s'étaient donc divisés. Les uns pensaient que l'hypothèque, étant du droit des gens, devait résulter des actes reçus en pays étranger, ainsi que l'avaient décidé Chopin [7] et Loyseau [8].

D'autres, en adoptant le principe que l'hypothèque est du droit civil quant à la manière de l'acquérir, tenaient pour certain que l'hypothèque ne pouvait être admise en France que lorsqu'elle résultait d'actes authentiques reçus par des officiers soumis à la souveraineté du roi; mais ils faisaient une exception pour les contrats de mariage et les actes de tutelle, à cause de la faveur de la dot et des biens des mineurs. Tronçon [9], Chopin [10], Mornac [11], Bouguier [12], rapportent des arrêts qui l'ont jugé de la sorte, et depuis l'ordonnance de 1629, Boullenois pensait que ce sentiment devait être suivi [13].

Cependant, avant comme depuis l'ordonnance de 1629, il y avait un bon nombre d'esprits judicieux qui soutenaient que nul acte passé hors du royaume ne pouvait produire en France une hypothèque, et qui n'apportaient à cette règle aucune exception [14].

Mais il faut convenir que la jurisprudence était trop douteuse, et les avis trop partagés, pour qu'on ne désirât pas vivement, lors de la rédaction du Code civil, qu'une décision formelle vînt mettre fin à ces discussions.

---

[1] Voilà pourquoi encore elles restent dans toute leur énergie à l'égard de l'*hypothèque judiciaire*, qui est un privilége découlant de la puissance publique, et attaché à certains actes de l'autorité (*supra*, n° 429).

[2] Art. 546 du Code de procédure civile.

[3] Montesq., *Esprit des lois*, liv. 6, chap. 2.

[4] Le Code napolitain s'est montré moins injuste. *Voy.* la préface. Mais le Code hollandais a adopté le principe de notre article. *Voy.* son art. 1249, dans la *Revue étrangère*, t. 1, p. 649.

[5] *Hyp.* de Basnage, chap. 12.

[6] *Mém.* de Talon, t. 3, p. 329. Pothier, *Louage*, n° 186, et sur *Orléans*, tit. 20, n° 9. Grenier, *Hyp.*, n° 14. Mon *Comm. de la prescription*, n°s 1005 et 1006.

[7] Sur Anjou, liv. 3, tit. 3, chap. 3.

[8] *Off.*, liv. 1, chap. 6, n° 104.

[9] Sur Paris, art. 165.

[10] Sur Paris, liv. 3, tit. 2, p. 20.

[11] Sur la loi *extra*, Dig. *de jurid.*

[12] Lettre C, n° 7.

[13] T. 1, p. 631. C'était aussi l'avis de Bourjon, t. 2, p. 538.

[14] Brodeau, sur Paris, art. 107 et 166, et sur Louet, lettre H, § 3. Malicostes, sur Maine, art. 186. Lamoignon, *Hyp.*, art. 25, rapporté *supra*, n° 429. Pothier, *Orléans*, tit. 20, n° 9. Arrêt de Paris de 1737, au *Répert.*, v° *Hyp.*

C'est ce qu'a fait notre article, en adoptant la disposition de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629.

Seulement l'hypothèque pourra résulter d'actes passés hors du royaume, si cela a été stipulé dans les traités [1].

512 *bis*. Mais que doit faire celui qui est porteur d'un acte public passé en pays étranger, et portant hypothèque à son profit?

Dalloz lui conseille de faire assigner le débiteur devant un tribunal français, d'obtenir jugement contre lui, et de prendre inscription en vertu de ce jugement. Cet auteur ne pense pas que le créancier puisse se présenter seul devant un tribunal français, pour faire apposer à son contrat le *pareatis*. Car, dit-il, ce serait vouloir attacher l'hypothèque aux contrats passés en pays étranger, tandis que l'art. 2128 les prive absolument de la faculté de produire hypothèque en France : il ne les regarde que comme de simples promesses, capables seulement de servir de base à une action judiciaire [2].

Il paraît que telle est aussi l'opinion de Grenier [3].

Elle est la seule qu'on doive admettre. Il en serait autrement, sans doute, si l'article 2128 s'était borné à refuser à l'hypothèque, constituée en pays étranger, la voie exécutive. Mais, comme je l'ai dit (n° 512), le Code considère comme non écrite une pareille stipulation d'hypothèque. Le créancier n'a donc pas de secours à puiser dans son contrat. Un simple *pareatis* ne lui suffit pas : il faut qu'il recoure à l'hypothèque judiciaire.

513. Insistons maintenant d'une manière plus particulière sur l'effet hypothécaire des contrats de mariage passés en pays étranger.

Nous avons vu tout à l'heure la diversité d'opinions qui régnait dans l'ancienne jurisprudence.

Grenier considère la question comme simplifiée par notre article [4], et il fait une distinction qui prouve que cet article laisse la difficulté entière. Ou il s'agit, dit-il, de deux étrangers mariés en pays étranger, et alors leur contrat ne produit en France aucune hypothèque; ou il s'agit d'un Français marié en pays étranger, et la femme pourra réclamer, sur les biens de son mari situés en France, l'hypothèque légale pour les conventions contenues dans son contrat de mariage. Je demande en quoi notre article a pu aider à une pareille solution.

Dalloz propose la même distinction [5]. Sans en discuter en ce moment le mérite, essayons de montrer l'influence de notre article sur la question proposée.

Comme on le verra plus tard (n° 578), l'hypothèque de la femme date, quand il y a contrat, non du jour du mariage, mais du jour du contrat.

Mais quand il s'agit d'un contrat de mariage fait à l'étranger, il me paraît impossible de rattacher l'hypothèque à ce contrat; ce serait placer dans le contrat la cause de l'hypothèque. Ce serait par conséquent se mettre en opposition avec notre article, qui ne veut pas qu'un contrat passé à l'étranger serve d'auxiliaire à une hypothèque en France.

Mais suit-il de là que la femme sera tout à fait destituée d'hypothèque légale? Non, sans doute!

La femme n'a pas besoin de recourir à son contrat pour avoir hypothèque. Le fait de son mariage est, à lui tout seul, la cause principale d'hypothèque légale. Ainsi, ce que ne fera pas le contrat, la célébration du mariage l'opérera [6].

Ceci posé, il est évident qu'il est indifférent que le mariage ait été solennisé en France ou en pays étranger. Car le mariage contracté en pays étranger est valable, si l'on a observé les formalités voulues dans ce pays. La loi française y croit comme à un

---

[1] Et alors il ne faudrait pas que l'acte fût déclaré exécutoire aux fins de prendre l'inscription hypothécaire qui n'est pas une exécution, mais une mesure conservatoire. Seulement il suffirait d'un *pareatis* émanant de la chancellerie de l'État, car il est nécessaire qu'il soit constaté, pour le conservateur des hypothèques, que l'acte étranger est réellement passé devant les officiers publics compétents du pays, et c'est l'affaire de la chancellerie de le certifier par *visa* ou *pareatis*; jusque-là le conservateur pourra se refuser à faire l'inscription. Mais s'il s'agissait plus tard de procéder à la saisie et expropriation de l'immeuble, le *pareatis* ne suffirait plus, il faudrait obtenir du tribunal l'*exequatur* de l'acte, conformément à l'art. 2123. *Voy.* les notes sur les nos 451, 455, *supra*, et ce que nous y disons sur la distinction entre le *pareatis* et l'*exequatur*. (*Note de l'éditeur belge.*)

[2] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 230, n° 12.

[3] Grenier, *Hyp.*, n° 16.

[4] *Hyp.*, n° 247.

[5] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 231, n° 15.

[6] Argument d'un arrêt de la cour de cassation du 1er février 1816, dans l'espèce duquel la femme était, à la vérité, mariée en France, *mais n'avait qu'un contrat sous seing privé*. Le contrat fut admis seulement comme moyen de liquider les apports de la femme. (Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 147.)

fait incontestable. En admettant le fait, elle admet nécessairement aussi l'hypothèque légale qui en résulte [1]. Telle était la doctrine de Lamoignon. Il avait remarqué avec sa sagacité habituelle la différence qui existe entre la femme dont le contrat a été fait en France, et celle dont le contrat a été formalisé en pays étranger. Cette différence gît tout entière dans la date. « Les actes et » jugements passés et rendus en pays étranger n'emportent hypothèque en France, » *quoique ce fût contrats de mariage* et actes » de tutelle ; mais l'hypothèque n'aura lieu » que *du jour de la célébration du mariage* et » de la gestion de la tutelle [2]. »

Voilà le véritable principe. Le contrat de mariage pourra sans doute être invoqué pour fixer la nature et l'étendue des droits de la femme, mais non pas comme source d'hypothèque. C'est le fait seul du mariage qui en sera la cause.

513 *bis*. Mais faudra-t-il qu'à l'appui de son acte de mariage, la femme qui a épousé un Français prouve qu'elle s'est conformée aux dispositions de l'art. 171 du Code civil? Faudra-t-il que, dans les trois mois de son retour en France, l'acte de célébration de son mariage soit transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile?

Un arrêt de la cour de cassation, du 6 janvier 1824, a jugé l'affirmative [3]. Il décide que, quoique le mariage d'un Français et d'une étrangère, contracté en pays étranger, soit valable, l'hypothèque légale qui en résulte ne peut avoir lieu contre des tiers en France, qu'en se conformant aux règles prescrites par les lois françaises et notamment par l'art. 171 du Code civil.

Dalloz blâme cette décision rendue contre sa plaidoirie, et qui, au surplus, n'est qu'un arrêt de rejet.

Je suis disposé à partager l'opinion de cet auteur [4]. L'art. 171 est purement réglementaire : il ne prononce pas de peine contre l'omission des dispositions qu'il prescrit. Cette omission n'empêche pas le mariage d'être valable, et la cour de cassation le reconnaît elle-même dans ses considérants. Les formalités de l'art. 171 n'ont été prescrites que par mesure de précaution pour faciliter la recherche de l'acte de mariage; mais, encore une fois, elles ne sont pas de l'essence du mariage, qui subsiste sans elles. Or, c'est au fait du mariage, c'est à sa célébration seule que l'hypothèque doit sa naissance. Admettre la validité du mariage comme le fait la cour de cassation, et ne pas admettre les conséquences du mariage, c'est tomber dans une manifeste contradiction. C'est comme si, en déclarant un mariage régulier, on refusait de regarder comme légitimes les enfants qui en sont issus. De même que la légitimité, l'hypothèque est un des effets du mariage. Pour nier l'existence de l'hypothèque, il faut nier l'existence du mariage. Sans quoi, on prête à la loi des rigueurs qu'elle n'a pas eues, et l'on se place en dehors de la saine logique.

Ajoutez que faire dépendre l'hypothèque de l'accomplissement des formalités de l'article 171, ce serait la subordonner à la vigilance du mari, et remettre entre ses mains le sort des garanties que la loi donne à la femme. Or, c'est là un résultat qui contrarie le système du Code sur l'hypothèque légale [5].

513 *ter*. Arrivons maintenant à la distinction de Grenier et de Dalloz, entre les épouses étrangères et les épouses françaises mariées hors de France. Les unes et les autres ont-elles hypothèque sur les immeubles de leurs maris situés dans le royaume? ou bien n'y a-t-il que l'épouse du Français qui puisse réclamer sur eux le bénéfice de l'hypothèque légale?

L'opinion de Grenier et de Dalloz me paraît absolument fausse. Dalloz oublie même qu'il a professé le contraire dans une autre partie de son ouvrage [6]. Ces deux auteurs

---

[1] *Voy.* la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 278. Wolowski y adopte cette opinion.

[2] *Des Hyp.*, art. 25.

Cela est bien quand le mari est Français, parce que la femme étrangère suivant la condition de son mari, entre sous le régime de la loi française, en France, et en obtient les bénéfices comme elle en supporte les obligations. Mais *quid* si le mari est étranger et possède des biens en France? *Voy.* notes sur le n° 513 *ter, infra*.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[3] Cette opinion de Troplong est consacrée par un arrêt de la cour de cass. de France du 23 nov. 1840.

[4] On peut invoquer à l'appui un arrêt de Montpellier du 3 juin 1830. Mais, dans cette espèce, il y avait une circonstance particulière : il s'agissait d'une femme divorcée qui avait déposé en France, dans les registres de l'état civil, son acte de divorce. La cour pensa que ce dépôt équivalait aux formalités prescrites par l'art. 171 du Code civil.

[5] *Voy.* aussi 3 juin 1830 ; Duranton, t. 19, n° 292.

[6] *Voy. Loi*, n° 36, § 4.

pensent que l'hypothèque légale étant une concession du droit civil, n'a été introduite qu'en faveur des regnicoles, mais qu'elle ne peut profiter aux femmes étrangères, parce que le droit civil n'a pas parlé pour elles, mais bien pour les nationaux.

J'ai déjà eu occasion de toucher une question semblable (*supra*, n° 429). Elle consistait à savoir si un mineur étranger, dont la tutelle aurait été déférée en pays étranger, pourrait avoir hypothèque sur les biens de son tuteur situés en France, et j'ai pensé, contre l'opinion de Grenier, et avec l'appui de doctrines et de raisons qui me paraissent imposantes, que le mineur dont il s'agit peut se prévaloir du bénéfice de la loi française pour recourir sur les immeubles français appartenant à ce tuteur.

Ici les raisons sont absolument les mêmes [1].

Il n'est nullement exact de dire que l'hypothèque est tellement du droit civil, que les étrangers ne puissent y participer (*supra*, n° 392 *bis*). Car si le principe était vrai, il devrait être général, et il faudrait l'appliquer non-seulement aux hypothèques légales, mais encore aux hypothèques judiciaires, qui sont aussi une concession de la loi; aux hypothèques conventionnelles, qui tiennent du droit civil leurs formes constitutives; aux priviléges sur les immeubles, qui ne sont que des hypothèques privilégiées, et qui ont par conséquent la même origine; aux priviléges sur les meubles, qui sont des affectations sur la chose, et qui tiennent leur faveur de certaines qualités qu'il a plu au législateur de placer à tel ou tel rang de préférence. Or, jamais les deux auteurs que je m'efforce de combattre n'iront jusqu'à soutenir que toutes les hypothèques, soit légales, soit judiciaires, soit conventionnelles, soient hors des droits auxquels un étranger peut prétendre en France; ils n'entreprendront pas de dire qu'un jugement rendu par les tribunaux français au profit d'un étranger, ne produit pas en sa faveur une hypothèque judiciaire (espèce d'hypothèque légale) sur les biens du condamné. Ils ne refuseront pas à l'étranger qui aliène un immeuble qu'il possède en France, le privilége du vendeur. En un mot, ils reconnaîtront qu'en organisant le système des hypothèques et des priviléges, le législateur n'a pas entendu travailler exclusivement pour les nationaux,

---

[1] La note sur le n° 429, *supra*, réfute ces raisons, nous y renvoyons.

Mais examinons les raisons nouvelles qu'ajoute et développe ici Troplong. D'abord la question n'est pas de savoir si l'étranger peut acquérir hypothèque en France. Nous avons établi, quant à l'hypothèque conventionnelle et judiciaire, que cela ne pouvait pas former de doute en principe; quant à l'hypothèque légale, il est certain aussi que comme suite et obligation de plein droit d'un autre acte principal, l'étranger en sera capable en France s'il y est capable de l'acte principal. Mais la question à résoudre, qui est celle d'un mariage contracté à l'étranger, suppose donc que l'acte principal est fait en pays étranger. De savoir s'il peut opérer en France une obligation accessoire, de plein droit, d'après la loi française, telle que l'hypothèque légale, est chose tout à fait différente. Encore une fois, laissons là le statut réel, car il n'a rien de commun avec la matière.

Fixons-nous d'abord sur deux points capitaux qui doivent dominer toute la difficulté. C'est que la femme française qui épouse un étranger, perd sa qualité et suit la condition de son mari. Ensuite que l'acte civil du mariage qui constate l'état des personnes unies, est tout autre chose que le contrat qui règle les intérêts et droits des époux, par suite de leur association. L'acte relatif à l'état civil, quoique passé à l'étranger, a toute sa force et son efficacité en France; mais le contrat réglementaire des droits des époux, passé d'après la loi étrangère et sur le territoire étranger, n'opère pas nécessairement en France, et *ipso facto*, toutes les conséquences que la loi française attache au contrat de mariage en France. Lorsque les époux ne règlent pas eux-mêmes ces droits, dans des stipulations expresses, c'est la loi qui les règle pour eux, la loi qui est leur statut personnel, et cette loi qui tient lieu de contrat. Or, il n'y a pas de doute que la femme française qui se marie à un étranger, perdant sa qualité pour suivre la condition de son mari, ne tombe sous le statut personnel du mari qui est la loi de son pays, et que le statut français ne cesse de la suivre. L'hypothèque légale admise par le Code civil en faveur des femmes mariées, comme obligation de plein droit résultant de leur mariage, n'est qu'une stipulation accessoire tacite de la loi française au contrat intervenu sous l'empire de cette loi, soit qu'il réside dans un acte formel, soit qu'il réside dans la loi qui supplée à l'acte. Quand la loi régit l'association conjugale c'est parce qu'elle régit avant tout la personne des mariés, elle n'aurait pas sans cela cet empire. Or, il est bien constant que la loi française ne régit pas la personne du mari étranger, et qu'elle ne régit plus la personne de la femme française qui a cessé de l'être, depuis qu'elle a pris la condition de son mari par son mariage.

En vertu de quelle loi ou de quelle convention l'hypothèque légale de cette femme atteindrait-elle donc les biens du mari situés en France? Ce ne pourrait être qu'en vertu de la loi étrangère qui est sans force en France : quant à la convention, l'art. 2128 s'oppose à ce que le contrat de mariage passé à l'étranger la produise,

Tout ce que nous venons de dire s'applique à plus forte raison au cas où la femme, mariée à un étranger, en pays étranger, est elle-même étrangère.

Pour aplanir ces obstacles il faut avant tout qu'il existe, entre les deux pays, des traités politiques qui établissent une réciprocité parfaite de droits entre les sujets des deux pays, conformément aux textes combinés des art. 2128 et 11 du Code civil. En un mot les mêmes conditions que nous avons indiquées dans la note sur le n° 429, *supra*, au sujet de la tutelle prise à l'étranger.

(*Note de l'éditeur belge.*)

mais qu'il a voulu que ce système s'étendît à tous ceux qui sont propriétaires d'immeubles en France.

Quelle en est la raison? c'est, comme je le disais au n° 429, que la loi qui règle les hypothèques est un *statut réel*, et qu'à ce titre elle affecte tous les immeubles français, sans s'informer si ce sont des regnicoles ou des étrangers qui en sont propriétaires.

Grenier et Dalloz sont donc partis d'un faux principe, d'un principe auquel ils ne voudraient certainement pas donner toute l'extension qui est cependant virtuellement en lui. Pour nous, nous conclurons qu'il n'y a pas de différence, quant à l'hypothèque, entre le Français et l'étranger qui possède des immeubles en France. Cette proposition nous paraît désormais évidente.

Ceci étant une fois admis, il importera peu que le fait dont la loi française fait le fondement de l'hypothèque ait eu lieu en France ou en pays étranger. Il suffit que ce fait existe, et que la loi française y ajoute autorité de créance. On conçoit sans doute que nous ne voulons pas parler ici de contrats passés en pays étrangers ni de jugements rendus par des tribunaux qui ne sont pas français, puisque la loi française déclare expressément qu'elle ne leur attribue aucune vertu hypothécaire, même à l'égard des Français qui les ont obtenus. Mais il en est autrement d'une tutelle ou d'un mariage. Ce sont là des faits que la loi française accepte pour valables, quand ils ont été consommés avec les formalités voulues dans le pays où ils ont eu lieu. Ce sont des positions civiles qu'elle reconnaît pour légitimes, et auxquelles elle consent à prêter appui. Eh bien! par cela seul qu'elle les homologue de plein droit, il s'ensuit qu'elle sanctionne tous les effets civils qu'elles produisent : et quand un étranger possède des immeubles en France, et qu'un autre étranger vient demander au statut réel qui les régit, d'agir sur eux, il ne fait rien de blessant pour la nationalité française; il s'incline au contraire devant la souveraineté de la loi du pays; il la prend pour sa règle : il consent à ce qu'elle réalise toutes ses conséquences sur les biens qu'elle affecte.

En un mot, l'étranger participe comme le Français au bénéfice de l'hypothèque. Comme le Français, il l'acquiert pour les conventions qu'il passe en France, pour les jugements qu'il obtient en France, pour le mariage qu'il contracte en France. Comme le Français, il ne peut y prétendre pour les jugements et contrats obtenus et passés en pays étranger. Mais, comme le Français femme étrangère pourra, en vertu de son mariage, même contracté en pays étranger, invoquer la loi française qui place sous le coup d'une hypothèque légale les biens que le mari possède en France. Tout cela est la conséquence de ces deux règles incontestables : la première, que l'hypothèque est du droit des gens, et que, malgré tout ce qu'il y a de civil dans la manière dont elle s'acquiert, les étrangers n'en ont jamais été exclus. La seconde, que le statut qui frappe d'hypothèque légale les immeubles du mari est un *statut réel*, et agissant par conséquent sur les immeubles, sans s'informer qui les possède.

Telle est aussi l'opinion de Merlin [1]; il combat avec force un arrêt de la cour supérieure de Liége, du 16 mai 1823, qui a jugé le contraire. Il faut du reste remarquer que dans la discussion, la femme ne s'était pas attachée à faire ressortir le moyen tiré des deux raisons sur lesquelles j'insistais tout à l'heure.

La question s'est présentée dans l'ancienne jurisprudence, à l'occasion des droits hypothécaires que la princesse *de Carignan* réclamait, en vertu de son contrat de mariage *passé à Turin*, sur les biens que son mari, le prince de Carignan, possédait en France. Un arrêt du parlement de Paris, du 4 septembre 1744, prononça contre les créanciers en faveur de la femme. Mais ceux-ci se pourvurent au grand conseil, et, *après partage*, l'arrêt fut cassé à la majorité d'*une seule voix* [2] : on voit qu'un tel arrêt ne peut être d'un bien grand poids.

J'engage, au surplus, à se rappeler l'arrê du parlement de Lorraine que j'ai cité ci-dessus, n° 429, et qui est rendu sur un cas analogue, dans un sens favorable aux principes que j'ai développés.

[1] *Répert.*, v° *Remploi*.

[2] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 787, col. 2.

ARTICLE 2129.

Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.

SOMMAIRE.

513. Importance de notre article. Il pose le fondement de la spécialité, et prépare les éléments desquels résulte la publicité.

514. Mais il pousse les précautions à l'excès. Renvoi au n° 536 *bis*.

515. L'hypothèque générale conventionnelle est aujourd'hui prohibée par la loi. On ne peut hypothéquer les biens *à venir*. Effets de cette nullité.

516. Dans l'ancienne jurisprudence, et par les lois romaines, l'hypothèque des biens présents et à venir était permise.

517. Peut-on hypothéquer la chose d'autrui?

518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain. Il fallait que le débiteur fût propriétaire de la chose au moment de la convention.

519. Raison pour laquelle on pouvait vendre et non hypothéquer la chose d'autrui. Aujourd'hui, à plus forte raison, l'hypothèque sur la chose d'autrui est nulle.

520. Sens de ces mots, *appartenant à*, dont se sert notre article.

521. Mais quel sera le sort de l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui, si celui qui l'a promise en devient propriétaire *ex post facto?* Principes du droit romain. On décidait qu'il se faisait alors *reconciliatio pignoris*.

522. Si le débiteur, *devenu propriétaire*, vendait l'immeuble, le créancier hypothécaire pouvait agir contre le tiers acquéreur par l'action hypothécaire. Lois à cet égard. Opinion de Cujas, qui traite de rêverie la doctrine contraire enseignée par Accurse.

523. Et c'est ainsi qu'on le jugeait dans l'ancienne jurisprudence française. Arrêt du parlement de Paris du 14 août 1601.

524. On doit décider de même sous le Code civil. Raisons à cet égard.

524 *bis*, 524 *ter*. *Quid* à l'égard du créancier hypothécaire dont le droit est postérieur à la consolidation de la propriété?

525. Ce qui vient d'être dit a lieu, soit que le créancier sût ou non, au moment de la convention, que la chose hypothéquée n'appartient pas au débiteur. Opinions contraires réfutées.

526. *Quid* du cas où un créancier hypothécaire du véritable propriétaire critique l'hypothèque consentie par le faux propriétaire devenu maître légitime de la chose?

527. *Quid juris* lorsque le véritable propriétaire devient héritier de celui qui a hypothéqué la chose qui ne lui appartient pas? Lois romaines contraires à ce sujet. Efforts des interprètes pour les concilier. Il faut dire qu'il y a antinomie, et que l'opinion de Modestin doit être préférée à celle de Paul.

528. L'hypothèque consentie sous condition que tel bien m'appartiendra, est valable.

529. Celui qui est porteur d'un acte sous seing privé non enregistré, duquel il résulte qu'il a acheté un immeuble, peut-il critiquer les hypothèques que son vendeur aurait consenties postérieurement par acte public? Peut-il dire qu'elles sont consenties *à non domino?* Doctrine de Toullier à cet égard.

530. L'acquéreur, par acte sous seing privé, est en général l'ayant cause du vendeur, de même que celui à qui le vendeur a donné hypothèque. Mais il arrive quelquefois que celui qui est ayant cause sous un rapport, ne l'est pas sous l'autre. Celui qui a en sa faveur une hypothèque en vertu d'un titre authentique, n'est pas ayant cause dans le sens de l'art. 1322 du Code civil.

531. L'opinion de Toullier est isolée et nouvelle. Elle est condamnée par les lois romaines, par Paul de Castro, Tiraqueau et autres.

532. Réponse à l'objection qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même.

533. Exemple tiré de l'art. 1743 du Code civil.

534. Arrêt pour et contre sur la matière.

535. Suite.

536. Suite.

536 *bis*. Il ne faut exiger à peine de nullité la mention de la nature et situation de l'immeuble, qu'autant que l'omission aurait occasionné un dommage.

COMMENTAIRE.

513. L'art. 2129 du Code civil est un des plus importants du titre des hypothèques, puisqu'il fait de la spécialité une condition indispensable de la constitution de l'hypothèque conventionnelle.

Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque l'hypothèque était occulte, la spécialité ne pouvait être une nécessité; ce n'était qu'un accident dépendant de la volonté des parties.

Il fallait qu'elle fût nominativement stipulée, et c'est ce qu'on faisait très-rarement, parce que l'hypothèque spéciale devenait le plus souvent funeste au créancier, en ce que ce dernier était obligé de discuter l'hypothèque spéciale, avant d'attaquer les biens soumis à l'hypothèque générale, qui était toujours le droit; car la convention d'une hypothèque spéciale ne dérogeait pas à la générale (*infra*, n° 762).

Aujourd'hui au contraire, l'hypothèque doit être publique. Il fallait donc déterminer par une indication spéciale les immeubles qui en sont grevés.

On voit que le législateur prépare dans notre article les éléments de l'inscription dont il sera question plus tard, et qui porte l'hypothèque à la connaissance du public. Il exige que l'acte constitutif de la créance, ou bien un acte authentique postérieur, désigne la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués, afin que ces indications soient répétées dans l'inscription.

Ainsi la spécialité prépare l'inscription : l'inscription assure la publicité.

514. On pourra cependant trouver que le Code a poussé jusqu'à l'excès les précautions qu'il a prises pour la spécialité de l'hypothèque. Pourquoi exiger, par exemple, *dans tous les cas*, la désignation de la nature et de la situation des immeubles ? Lorsqu'un individu hypothèque tous ses biens présents, n'est-ce pas une formalité surabondante que de le contraindre à préciser en quoi consistent ces biens, et où ils sont situés ? Les tiers n'en savent-ils pas assez, lorsqu'ils sont informés que tous les biens, sans exception, de celui avec qui ils contractent, sont déjà hypothéqués ?

Que le législateur ait exigé une désignation spéciale du lieu, de la situation et de la nature de l'immeuble, lorsqu'on hypothèque un champ, un pré, un terrain quelconque isolé, je le conçois. On n'aurait pu, sans ces renseignements, arriver à une connaissance précise de l'objet.

Mais montrer la même exigence lorsque l'hypothèque frappe sur tous les biens présents du débiteur, c'est assurément porter la prudence jusqu'à l'exagération. Il est certain qu'on aurait pu arriver à une publicité suffisante sans ces détails minutieux [1].

515. Une des conséquences les plus importantes de la spécialité, c'est que l'hypothèque générale conventionnelle se trouve prohibée par le Code.

Plusieurs motifs ont déterminé le législateur :

1° D'abord il n'a pas voulu que le débiteur pût facilement engager toute sa fortune, sachant bien que les emprunteurs passent facilement par toutes les conditions qu'on leur impose, pourvu qu'on leur prête de l'argent [2].

2° Ensuite il a voulu empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur le même immeuble. Car leur concours entraîne toujours des discussions dispendieuses [3].

3° Enfin, et ce motif est le plus décisif, il a voulu favoriser les effets de la publicité. Car, comme je viens de le dire, de la spécialité découle, dans l'esprit du Code, la publicité. Or, l'hypothèque générale étant celle qui comprend les biens *présents et à venir* du débiteur, comment pourrait-on indiquer dans l'obligation la nature et la situation de biens qui ne sont pas encore dans le domaine du débiteur ?

Aussi notre article dit-il que *les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués*.

Ainsi, une hypothèque générale est nulle par le Code civil, non-seulement à l'égard des tiers qui ont intérêt à la critiquer, mais encore à l'égard du débiteur lui-même, qui peut se faire relever de la témérité qui lui a dicté un engagement qui ne remplit pas le vœu de la loi. Elle peut aussi être attaquée par les héritiers du débiteur [4].

---

[1] Grenier, préface, p. xxvj. Voy. *infra*, n° 536 *bis*, et ma préface, *in fine*.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 910.

[3] Merlin, *Répert.*, *loc. cit.*

[4] Grenier, n° 65. Chabot, sur l'art. 873, n° 13. Arrêt de Riom du 6 janvier 1820.

Mais le débiteur qui aurait consenti une hypothèque générale, nulle aux termes de la loi, pourrait-il se refuser à donner à son créancier une hypothèque spéciale qui lui tînt lieu de garantie? L'affirmative a été jugée par arrêt de la cour d'Aix du 16 août 1811 [1]. Mais cet arrêt paraît dur à Grenier [2], qui aimerait mieux suivre un arrêt de la cour de Riom du 25 mai 1816, qui a jugé qu'un individu qui a hypothéqué tous ses biens à une époque où il ne possédait aucun immeuble, pouvait être contraint à donner une hypothèque spéciale sur ceux qu'il avait acquis depuis [3]. Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, la cour supérieure de Bruxelles a jugé, par arrêt du 27 juin 1821, que le créancier pouvait se prévaloir de l'hypothèque générale pour exiger une hypothèque spéciale. Persil approuve cette opinion (art. 2129, n° 1).

Il y a sans doute quelque équité dans cette jurisprudence. Mais je ne voudrais pas concourir à un arrêt qui la sanctionnerait, parce qu'elle me paraît résister aux termes de la loi [4]. L'hypothèque consentie étant nulle ne peut être remplacée, *par le seul fait du juge*, par une autre hypothèque qui aurait les caractères requis par le législateur. Les jugements ne créent pas les conventions, ils les déclarent. Que fait-on ici? On force le débiteur à accorder autre chose que ce qu'il a promis (voyez *infra*, n° 539).

Revenons à la proscription de l'hypothèque des biens à venir.

516. C'est là une des innovations les plus remarquables du nouveau régime hypothécaire.

Dans le droit romain, l'hypothèque conventionnelle pouvait porter sur les biens présents et à venir. Ce genre de stipulation n'était pas interdit aux parties [5]. Justinien voulut même par la loi finale du Code, *quæ res pignori vel hyp.*, que lorsqu'un individu hypothéquerait *ses biens* sans dire qu'il hypothéquait ses biens présents ainsi que ses biens à venir, le droit d'hypothèque générale s'étendît même aux biens à venir [6].

Dans l'ancienne jurisprudence française, on avait été plus loin; l'hypothèque de tous les biens présents et à venir était attachée de droit à tout contrat authentique; pour restreindre l'hypothèque à quelques objets spéciaux, il fallait une convention expresse (*supra*, n° 504.) Mais Loyseau regardait cet état de choses comme une source de désordres et de malheurs inévitables [7].

Le Code civil a donc agi sagement en proscrivant l'hypothèque conventionnelle des biens à venir. Néanmoins on verra une modification à ce principe de la législation moderne dans l'art. 2130.

517. Je dois examiner ici une question extrêmement importante, et que les auteurs modernes résolvent diversement.

---

[1] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 255.

[2] Il est vrai que cet arrêt décide que cette clause n'était que de style dans l'espèce.

[3] Grenier, n° 63. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 209. Notez bien qu'on ne se trouvait pas dans le cas de l'art. 2130.

[4] C'est là une bien fausse susceptibilité; car la loi ne répugne pas à ce que le débiteur qui a promis d'abord hypothèque sur ses biens, en termes généraux, pour sûreté de la créance, dans le contrat d'obligation, puisse être contraint à régulariser plus tard l'assiette de cette hypothèque, par une spécialisation qui la rende efficace. Toute stipulation licite est sérieuse aux yeux de la loi, et doit pouvoir être amenée à fin, soit de gré, soit de force. Il est vrai que la loi du 11 brumaire an 7 disait que toute stipulation d'hypothèque volontaire devait être spéciale, et qu'elle ne pouvait comprendre que des biens appartenant au débiteur lors de la stipulation. De là résultait seulement que la stipulation d'hypothèque qui n'était pas dans ces conditions, restait *hic et nunc* sans effet; mais cette loi ne déclarait pas nulle ou illicite la stipulation en termes généraux d'une hypothèque indéterminée, pour sûreté d'une obligation; sauf à régulariser l'hypothèque avant qu'elle pût produire effet. Cette obligation de régulariser, on devait pouvoir être contraint de l'effectuer, parce que sans cela l'intention des parties contractantes, qui était manifestement d'assurer la créance par une garantie immobilière, n'eût pas été remplie; dès lors le juge peut y condamner, et dire qu'à défaut par le débiteur d'indiquer un immeuble suffisant, actuel et spécial, l'obligation principale sera résolue *pro non adimpleto contractu*, et condamner le débiteur au remboursement immédiat; d'où résulte de suite une hypothèque générale judiciaire. Cela est conforme aux principes sur l'interprétation des contrats.

De la contexture de la disposition de la loi de brumaire, résultait seulement que l'inscription qui aurait été prise en vertu d'une stipulation d'hypothèque non spéciale, était nulle; mais l'obligation de fournir hypothèque subsistait. Il en serait de même sous l'empire actuel de l'article 2129 du Code civil, quoiqu'un arrêt de la cour d'Aix du 16 août 1811 (Sirey, t. 15, 1re part., p. 126) ait cru pouvoir décider le contraire. Le Code civil, pas plus que la loi de brumaire, ne déclare nulle l'hypothèque consentie en termes généraux, comme l'affirme Troplong, n° 515, *supra*; seulement elle sera inefficace jusqu'à ce qu'elle soit spécialisée, et la spécialisation postérieure n'aura pas d'effet rétroactif au jour du premier acte. L'art. 2129 autorise complétement cette doctrine qui se concilie avec les règles générales sur l'interprétation des conventions et avec l'équité. (*Note de l'éditeur belge.*)

[5] L. 6, Dig. *de pignorib. et hyp.*

[6] Voet, *de pignorib. et hyp.*, nos 6 et 8. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 567, n° 11.

[7] *Déguerp.*, liv. 3, chap. 1, n° 16.

Lorsqu'un individu hypothèque spécialement une chose dont il n'est pas *actuellement* propriétaire, l'hypothèque devient-elle valable, si par la suite il en acquiert la propriété?

Cette question est complexe. Elle en embrasse beaucoup d'autres.

Et d'abord quel est, en général, le sort d'une hypothèque donnée sur la chose d'autrui?

518. Cette hypothèque était nulle par le droit romain. Car, pour que l'hypothèque *spéciale* fût valable, il fallait qu'il fût prouvé que la chose hypothéquée appartenait au débiteur lors de la constitution de l'hypothèque : « Quod dicitur, creditorem probare » debere, quum conveniebat, rem in bonis » debitoris fuisse, ad eam conventionem » pertinet quæ specialiter facta est, non ad » illam quæ quotidie inseri solet cautioni- » bus, ut specialiter rebus hypothecæ no- » mine datis, cætera etiam bona teneantur » debitoris, quæ nunc habet, et quæ postea » adquisierit, perinde ac si specialiter hæ » fuissent obligatæ. » L. 15, § 1, D. *de pignorib. et hyp.* [1].

Les lois se présentent en foule pour décider qu'on ne pouvait hypothéquer *spécialement* la chose d'autrui. La loi 6 au C., *si aliena res pignor.*, disait entre autres : « Et » per alium rem alienam invito domino » pignori obligari non posse certissimum » est [2]. »

519. On pourra demander comment il se fait que l'hypothèque de la chose d'autrui fût nulle, lorsque la vente de la chose d'autrui était permise par le droit romain. Cujas [3] a résolu ce problème par des raisons assez développées, que Voet a résumées en ces termes. Je les cite de préférence, *brevitatis causa* :

« Etsi enim id quod venditionem recipit, » quia in commercio est, etiam pignoratio- » nem recipere possit (l. 9, § 1, D. *de* » *pignorib. et hypoth.*, l. 1, § 2, *quæ res* » *pignorib. vel et hypoth.*), non tamen ab omni » eo qui rem vendere potest, etiam jure » oppignoratur. Nam cum ex pignoris an » hypothecæ constitutione creditori nasci » debuerit jus pignoris, adeoque jus in re, » necesse fuit, ut jus in re haberet qui jus » pignoris alteri constituere vult. At ven- » ditor, ex contractu venditionis, nullum » emptori constituit jus in re, sed tantum » suam personam ad rem tradendam obligat, » ad quod non opus est, ut ullo jure in re » munitus sit [4]. »

Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française [5], et l'on sent combien à plus forte raison ils doivent être ceux du Code civil qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui. Aussi notre article dit-il que les biens sur lesquels l'hypothèque est assise doivent appartenir *actuellement* au débiteur, c'est-à-dire au moment de la convention.

Ainsi donc, l'hypothèque consentie sur un bien dont on n'est pas le maître ne peut nuire au véritable propriétaire. « Undè in- » telligitis contractum ejus nullum præju- » dicium dominio vestro facere potuisse. » L. unic. C. *si comm. res.*

520. Mais que doit-on entendre par ces mots *appartenant à* dont se sert notre article?

La loi 181, D. *de verb. signif.* définit ainsi le mot *pertinere* qui est le synonyme de notre verbe *appartenir* :

« Verbum illud *pertinere* latissime patet. » Nam et eis rebus petendis aptum est quæ » dominii nostri sint, et eis quas jure aliquo » possideamus, quamvis non sint dominii » nostri. *Pertinere* ad nos etiam ea dicimus » quæ in nulla eorum causa sint, sed esse » possint [6]. » Ce qui veut dire :

L'expression *appartenir* a un sens très-large, car elle s'applique aux choses qui sont dans notre domaine, de même qu'aux choses que nous possédons par quelque titre, quoiqu'elles ne soient pas à nous (comme l'usufruit, l'emphytéose, le droit de superficie); elle s'applique aussi aux choses que nous n'avons pas encore, mais que nous aurons, parce que nous avons une action pour les obtenir. Telle est la paraphrase de cette loi, d'après les notes de Pothier [7].

521. Maintenant passons à une hypothèse

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 558, nº 13.

[2] Pothier, *loc. cit.* Cujas, sur la loi 41, Dig. *de pign. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli.*

[3] Récit. solenn. sur le tit. du Code *si aliena res*, etc.

[4] Ad Pand. *Quæ res pignori*, nº 3.

[5] Basnage, *Hyp.*, chap. 3.

[6] Nous avons vu ci-dessus, nºs 468 *ter* et suiv., que l'on pouvait hypothéquer l'immeuble sur lequel on n'avait qu'un droit *suspendu* par une condition, ou *résolutoire*.

[7] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 558, nº 11. Merlin, *Quest. de droit*, vº *Hyp.*, p. 433, col. 2. — L'usufruit étant, de droit, compris dans la propriété d'un immeuble, quand il n'en est pas formellement excepté, il s'ensuit que s'il

qui nous rapproche de la question proposée.

Si celui qui n'était pas propriétaire d'une chose lorsqu'il l'a hypothéquée, le devient *ex post facto*, pourra-t-il se prévaloir de la nullité originaire de l'hypothèque, pour soutenir qu'elle ne peut produire d'effet au profit du créancier en faveur de qui il l'a consentie?

Il est certain qu'il ne le pourra pas : car il irait contre son propre fait, et il serait repoussé par l'exception de dol.

« Sed et si *filius familias*, patre suo re- » legato vel longo tempore absente, dotem » pro filia promiserit, *et rem patris pignori* » *dedit...*, plane si patri hæres exstiterit, et » pignus persequatur, exceptione doli mali » submovebitur. » L. 5, § 2, D. *ad S. C. maced.* [1].

Ces principes, que l'on trouve répétés dans les lois 41, D., *de dign. act.*, l. 5, C. *si aliena res*, sont de tous les temps et de tous les lieux.

Le président Favre les développe avec force [2].

« Non potest debitor quæstionem dominii » referre; quia cum convenerit ipse de pig- » nore, arguit se de mendacio, si neget rem » eo tempore suam fuisse, sive bona fide » illam possiderit, sive possidendi titulum » habuerit; ac ne ipsam quidem possessio- » nem, ut Paulus subjicit in fine hujus legis, » tametsi, cum rem pignori dabat, non af- » firmaverit rem suam esse. Sufficit enim id » tacite actum fuisse, ut pro certo et affir- » mato habeatur. »

Ainsi, lorsque le débiteur devenait propriétaire de la chose hypothéquée, quoiqu'il ne le fût pas lors de la constitution d'hypothèque, il se faisait ce que les interprètes, et notamment Balde, ont appelé *reconciliatio pignoris*, et il suivait de là que le créancier pouvait poursuivre la chose hypothéquée sur son débiteur.

Mais, pour y parvenir, il n'avait pas l'action *ordinaire* hypothécaire; car cette action n'était attachée qu'à une hypothèque valablement constituée *ab initio*. Il avait seulement, *ex æquitate*, l'action *utile* hypothécaire, qui produisait le même effet. « Confirmatur » pignus, non quidem directo, quia directi » et *summi juris regula*, quæ à Catone pro- » fecta est, obstat, *quæ vetat quod ab initio* » *non valet ex post facto convalescere*, et ideo » neque pignus quod ab initio non valet, ex » post facto convalescit directo, *sed conva-* » *lescit utiliter*, hoc est, *pignoris persequendi* » *gratia* creditori datur adversus debitorem, » non quidem *ordinaria et directa* actio hy- » pothecaria, *sed utilis et extraordinaria*, » *sive in factum*, *quæ eumdem effectum ha-* » *bet* [3]. »

Dans l'ancienne jurisprudence française, où l'on ne faisait pas de distinction entre les actions utiles et les actions ordinaires, et où toutes les actions étaient fondées sur l'équité [4], le créancier jouissait du même droit que par le droit romain. Il pouvait faire exproprier son débiteur de la chose que ce dernier lui avait donnée en hypothèque, sans en avoir été propriétaire à l'époque du contrat de prêt, pourvu que plus tard il en eût acquis la propriété [5], et ces principes sont aussi les seuls qu'on puisse, à mon avis, professer aujourd'hui. Je les trouve expressément consacrés dans un arrêt de la cour de Bordeaux du 21 décembre 1832 [6].

522. Mais en sera-t-il de même si le débiteur, étant devenu propriétaire de la chose, l'a vendue à un tiers? Alors le créancier pourra-t-il poursuivre son hypothèque entre les mains de ce tiers?

Cette question était controversée parmi les commentateurs du droit romain.

Le président Favre, renouvelant une ancienne opinion d'Accurse, soutient [7] que le créancier ne peut intenter l'action hypothécaire contre le tiers possesseur.

Mais presque tous les interprètes enseignent une opinion contraire. A leur tête se place Cujas [8].

Zazius, sur le titre *qui potior in pignore vel hypoth.*, dit formellement : « Quid si hy-

---

arrive que le débiteur qui a hypothéqué un immeuble comme lui appartenant, soit reconnu plus tard n'avoir que l'usufruit de cet immeuble, l'hypothèque par lui consentie n'en subsiste pas moins sur l'usufruit. On ne peut en ce cas argumenter du défaut de spécification de l'usufruit dans le contrat constitutif de l'hypothèque. (Code civil, art. 2129. Bourges, 1er février 1831. Sirey, t. 31, 2e part., p. 253.)

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 559, nº 19.

[2] *Rationalia* sur la loi 41, Dig. *de pignor. act.*

[3] Cujas, sur la loi 41. Dig. *de pignor. act.*, lib. 3. *Quæst. Pauli.*

[4] *Sed jus gallicum eo semper incurrit quod humanius est, benignius et æquius.* Mornac, sur la loi 41. Dig. *de pignor. act.*

[5] Basnage, *Hyp.*, chap. 3.

[6] Mon *Comm. de la vente*, nº 236. *Voy.* Grenier, nº 50. — *Contra*, Brux., 11 juin 1817.

[7] *Rationalia*, *loc. cit.*

[8] *Loc. cit.*

» potheca sit constituta a non domino, a » quo, postea domino facto, alteri est op» pignorata? Nihilominus erit potior poste» riori, non obstante quod eidem a domino » facto sit constituta hypotheca; nam hoc » ipso quod dominium postea accedit, con» firmatur jus prioris. »

Voet, sur le même titre, n° 31, tient le même langage : « Quid si priori a non do» mino pignus devinctum sit, posteriori » autem illud ipsum ab eodem sed jam do» mino facto, adhuc prior potior est, eo » *quod ipso primo acquisiti dominii momento,* » *firmatum priori fuit pignoris jus* [1]. »

Citons encore Corvinus dans ses énarrations sur le C. *si aliena res*, etc. [2].

« Creditori... actio dabitur contra debito» rem et eos qui a debitore causam habent.

» *Contra debitorem*, quia si hac defensione » uti velit, quod tunc cum pignoravit non » fuit dominus, venit contra factum suum, » et doli mali replicatio ei obstabit (l. 21, » § 1, *de pignor. et hypoth.*); arguetur enim » de mendacio suo, quia rem quasi suam » pignoravit.

» *Contra eos qui a debitore causam habent,* » quia debent auctoris sui jure niti. » (L. *nemo* 54, D. *de reg. juris.*)

Cette opinion paraît en effet fondée sur les lois les plus formelles.

La loi 41, D. *de pignor. act.*, dit : « Rem » *alienam* pignori dedisti : deinde dominus » rei ejus esse cœpisti. Datur utilis actio » pignoratitia creditori. »

Et tous les auteurs font remarquer que ce que Paul appelle ici *utilis pignoratitia* n'est pas l'action personnelle *pignoratitia* dont il est question au D. au tit. *de pignor. act.*, mais l'action utile hypothécaire, c'est-à-dire une action persécutoire de la chose [3].

La loi 5, au C. *si aliena res*, n'est pas moins formelle. « Cum res quæ necdum in » bonis debitoris est, pignori data ab eo, » postea in bonis ejus esse incipiat, *ordi*» *nariam* quidem actionem super pignore » non competere manifestum est, sed tamen » æquitatem facere, ut facile *utilis persecutio,* » exemplo pignoratitiæ, detur [4]. »

Or, si les lois donnent au créancier une action hypothécaire *rei persecutoria*, il s'ensuit que c'est pour poursuivre la chose sur des tiers, et non pas seulement sur le débiteur lui-même [5]. Aussi Cujas [6] traite-t-il de frivole l'opinion d'Accurse, qui pense que l'action doit être donnée seulement contre le débiteur, et non pas contre les tiers possesseurs. « Hoc satis est; nec (quasi in hanc » rem *Accursii nugas*) puta id non probanti » creditori dari hypothecariam in debitorem, » non in extraneum possessorem. Datur » enim hypothecaria in utrumque, in quem» libet possessorem, sed utilis, ut dixi, non » directa. » Ces paroles sont si graves, que je crois devoir y insister en les traduisant. « En voilà assez sur notre question. Et ne » croyez pas (comme le veut Accurse dans » ses gloses frivoles) que le créancier qui ne » prouve pas qu'au temps de la convention » la chose était à son débiteur, n'ait l'action » hypothécaire que contre le débiteur, et » pas contre le tiers possesseur. Car il a cette » action contre les tiers. Mais ce n'est que » l'action utile [7]. »

523. Ces principes étaient ceux de l'ancienne jurisprudence française. Il existe à cet égard un arrêt du parlement de Paris, du 14 août 1601. Guillaume Marchand, tuteur d'Anne Marchand, sa fille, engagea à un de ses créanciers une maison appartenant à cette dernière. Mais plus tard, ayant succédé à sa fille, il fut question de savoir si, au moyen de son adition d'hérédité, l'hypothèque était convalidée; l'on jugea l'affirmative entre le sieur de Serizy d'une part, et le sieur Chauvin de l'autre [8].

524. Pourquoi cette décision et celle des lois romaines ne trouveraient-elles pas leur application sous le Code civil?

Il est certain que l'ayant cause ne peut être de meilleure condition que son auteur. Or, ce dernier ne pourrait résister à l'action hypothécaire intentée contre lui : je l'ai dé-

[1] *Voy.* aussi le n° 4 de son comment. sur le tit. du Dig., *quæ res pignori*, etc.

[2] P. 631, col. 1.

[3] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 559, note *h*. Cujas, *loc. cit.*, etc.

[4] Pourquoi l'action utile et pas l'action ordinaire? Parce que l'action directe ne peut découler que d'une hypothèque valablement constituée, au lieu qu'il s'agit ici d'une hypothèque constituée *a non domino*. (Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 559, note *f*.)

[5] Les lois 9, § 3, Dig. *de pignorib.*, et 4, Dig. *ad S. C. maced.*, en contiennent d'ailleurs la preuve positive. Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 560. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Hyp.*

[6] *Quæst.* de Paul, lib. 3, l. 41, Dig. *de pignor. act.*

[7] Merlin a donné des autorités différentes, mais également positives. *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 423.

[8] Automne, *Conf. du droit français avec le droit romain*. Sur la loi 22, Dig. *de pignor. act.* Bouguier, p. 182, éd. de 1738. Merlin, *loc. cit.*

montré tout à l'heure : il ne le pourrait pas sans alléguer son mensonge et s'accuser de stellionat, ou s'il était de bonne foi, sans manquer à des engagements d'honneur et qu'il est en son pouvoir de remplir. Il invoquerait d'ailleurs un moyen de nullité, qu'il est obligé de garantir. Enfin c'est une maxime constante que, *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*.

Mais si l'on peut raisonner ainsi contre le débiteur, ne peut-on pas proposer les mêmes arguments contre son *ayant cause*, qui tient de lui son titre de propriété, et qui ne peut avoir des droits plus étendus?

A l'époque à laquelle cet acquéreur a contracté; la propriété était déjà consolidée; l'hypothèque avait acquis toute son efficacité. Elle grevait l'immeuble vendu du même poids que si elle eût été expressément ratifiée. L'acquéreur est donc non recevable à présenter contre elle des moyens de nullité, parce que d'une part ces moyens de nullité sont couverts, parce que de l'autre sa qualité d'ayant cause lui fait une loi d'y renoncer, de même que son auteur y était obligé. Il a reçu l'immeuble avec le droit du créancier hypothécaire déjà raffermi : est-il possible qu'il s'en affranchisse en faisant valoir des moyens qui étaient anéantis dans la main de son auteur? « Quod ipsis » qui contraxerunt obstat et successoribus » eorum obstabit [1]. » « Plèrumque emp» toris eadem esse causa debet, circa *peten» dum* et *defendendum* quæ *fuit auctoris* [2]. »

En un mot, quelle que soit l'hypothèque, examinée en elle-même et dans sa source, ce n'est pas à l'acquéreur qu'il appartient de la critiquer. Encore une fois, il y est non recevable.

Je trouve même qu'il y a plus de raison pour le décider ainsi sous le Code civil que sous l'ancienne jurisprudence. Car aujourd'hui que les inscriptions font tout connaître aux tiers, ils ne peuvent plus se plaindre de surprise. En achetant du vendeur *déjà devenu propriétaire de la chose*, ils ont dû savoir qu'elle était hypothéquée. Et quoique cette hypothèque ait été consentie à une époque où le vendeur n'était pas encore maître de l'immeuble, ils n'ont pas dû ignorer la maxime « *confirmato jure dantis, con» firmatur jus accipientis*. »

524 *bis*. Ce que je dis d'un acquéreur s'applique évidemment à un créancier hypothécaire, à qui l'hypothèque n'a été consentie *que depuis* que la propriété s'est consolidée sur la tête du débiteur [3].

Le contraire a cependant été jugé par

---

[1] L. 143, Dig. *de reg. juris*. On verra, *infra*, n° 630, que ce principe s'applique non-seulement aux successeurs universels, mais encore aux successeurs à titre particulier.

[2] L. 1, 56, § 3. Dig. *de reg. juris*.

[3] L. 11, § 10, Dig. *de except. rei judicatæ*.

Cette opinion présentée comme conséquence de la doctrine développée dans les nos précédents depuis 517, ne peut pas se justifier sous l'empire du Code civil. La dissertation, aussi intéressante que profonde d'ailleurs, sur ce qui s'observait, en droit romain et sous la jurisprudence ancienne, est hors d'œuvre pour la décision de la question que soulève l'opinion émise ici, aujourd'hui que le Code a proscrit l'hypothèque conventionnelle des biens à venir, comme *une source de désordres et d'abus inévitables*, d'après l'expression de Loyseau. Comment se fait-il que Troplong ne tienne aucun compte des principes nouveaux introduits par le Code, et qui sont diamétralement opposés à ceux admis sous l'ancienne jurisprudence, principes fondamentaux de la matière, à savoir, que l'hypothèque ne peut être consentie que par celui qui peut aliéner l'immeuble qu'il y soumet; que l'aliénation de la chose d'autrui est nulle; que les biens à venir, c'est-à-dire dont le donneur d'hypothèque n'est pas propriétaire actuel ou conditionnel, ne peuvent être hypothéqués? Il résulte de la combinaison de ces principes que la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui, considérée comme chose à venir pour le débiteur, est une nullité d'ordre public, absolue et radicale. Et c'est ici que s'applique dans toute sa force la maxime : *Quod nullum est ab initio, tractu temporis convalescere nequit*. C'est une nullité de plein droit et qui ne peut se couvrir par un laps de temps quelconque, à la différence de la nullité des actes du mineur, qui doivent être expressément rescindés dans un terme prescrit après la majorité, et que la loi permet de ratifier après la majorité. L'incapacité du mineur est toute personnelle, l'exception qui en résulte pour lui est introduite dans son avantage. Or, il est libre à chacun de renoncer aux priviléges et exceptions qu'accorde la loi; mais l'interdiction d'hypothéquer un immeuble à venir, sur lequel on n'a actuellement aucun droit de propriété pur ou conditionnel, ne constitue pas une incapacité personnelle, c'est une incapacité réelle qui découle de la nature de la chose qui en est empreinte. Nul ne peut faire qu'une semblable incapacité prononcée par la loi, n'ait pas son effet. Il y a encore une autre raison bien décisive aujourd'hui contre la jurisprudence ancienne en cette matière, c'est que la spécialité, telle qu'elle est requise par le Code pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle, n'était pas connue; c'est qu'au contraire dans l'ancien droit français où l'hypothèque résultait toujours de l'authenticité du contrat d'obligation, l'hypothèque générale sur les biens présents et à venir était la règle, la restriction à un immeuble déterminé n'était que l'exception. Or, une conséquence directe de l'hypothèque générale était d'atteindre aussi les biens à venir du débiteur, au fur et à mesure de leur acquisition. D'après le Code au contraire c'est l'exception d'autrefois qui est devenue la règle; il n'est donc pas étonnant que quelques esprits, encore sous l'influence des effets de l'hypothèque contractuelle avant le Code, où elle pouvait atteindre si facilement les biens à venir, s'efforcent d'y plier la loi nouvelle dont les principes tout nouveaux et tout différents, y résistent cependant d'une manière si formelle.

Cela posé, il n'en résulte pas cependant que lorsque le débiteur qui a hypothéqué la chose d'autrui viendra à

arrêt de la cour de Bruxelles du 11 juin 1817 [1]. Demunster acquiert par acte public un moulin et ses dépendances; son père s'empare de cette acquisition, se fait inscrire comme en étant propriétaire au rôle des contributions, fait des constructions comme un maître véritable. Il consent des hypothèques en 1811 et ce n'est qu'en 1812 qu'il se fait donner par son fils un titre de propriété.

Devenu réellement propriétaire de la chose, il créa de nouvelles hypothèques. L'immeuble dont il s'agit ayant été vendu, le prix en fut distribué. Alors les créanciers hypothécaires de 1812 prétendirent que les hypothèques créées en 1811 étaient nulles comme constituées *a non domino*. Au contraire, les créanciers hypothécaires de 1811 se défendirent en invoquant les dispositions du droit romain, les lois 41, Dig. *de pign. act.;* 5, C. *si alinea res;* 2, § 1, Dig., *qui potior,* etc.

Mais leur système fut proscrit par la cour de Bruxelles.

« Attendu (dit l'arrêt) que, d'après les » principes établis par le Code civil, une » hypothèque conditionnelle ne peut être » consentie que sur des biens appartenant » au débiteur, d'où il suit que les inscriptions des 27 novembre et 16 décembre » 1811 sont nulles et inopérantes, etc. »

Merlin a réfuté cet arrêt avec des moyens accablants, auxquels il suffit de renvoyer. Contentons-nous de dire que l'art. 2129 ne porte rien qui soit de nature à justifier la décision de la cour de Bruxelles; car il ne s'agissait pas, à vrai dire, de l'hypothèque sur une chose d'autrui, mais d'une hypothèque sur une chose déjà entrée dans le domaine du débiteur, d'une hypothèque ratifiée par la consolidation de la propriété sur la tête de ce dernier, d'une hypothèque enfin qui, au moment où on l'attaquait, grevait une propriété actuellement appartenant au débiteur.

Grenier, qui a écrit sans connaître l'arrêt de la cour de Bruxelles, professe cependant une opinion conforme (t. 1, n° 51). Mais sur quoi se fonde-t-il pour repousser l'influence des lois romaines et de l'ancienne jurisprudence? Sur ce que « on supposait » une convention tacite, d'après laquelle » celui qui consentait hypothèque sur la » chose qui ne lui appartenait pas, était » censé l'avoir ainsi voulu, dans l'idée qu'il » en deviendrait ensuite propriétaire; » sur ce qu'en outre « on se basait essentiellement » sur l'effet et l'étendue qu'avait alors l'hy-

---

l'acquérir, il puisse prétendre à la dégager de l'hypothèque nulle qu'il avait consentie; parce qu'il est obligé de prester son fait, en étant requis : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* Mais quant au nouveau créancier hypothécaire, qui prétendrait exercer sur le bien des droits valablement acquis, celui-là ne pourrait évidemment pas souffrir, dans son droit de préférence, de la part du créancier hypothécaire vicieux, parce qu'il est tiers vis-à-vis de ce créancier vicieux.

Ainsi, il est vrai que celui qui a acquis du débiteur l'immeuble vicieusement hypothéqué, et qui voudrait le faire affranchir de la charge dont il est grevé, sous prétexte de son vice originaire, devrait être repoussé dans sa demande, par l'exception de dol qui aurait également repoussé son vendeur; la raison en est qu'il est l'ayant cause du vendeur vis-à-vis du créancier hypothécaire vicieux, et qu'il est tenu de prester le fait de son auteur, tout comme celui-ci y était tenu lui-même. C'est alors le cas d'appliquer le principe : *Quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus eorum obstabit.*

Mais un autre créancier de ce débiteur, qui a acquis hypothèque valide, en temps opportun, sur le même immeuble, après que l'acquisition en avait été faite par ce débiteur, et qui prétend droit de préférence sur le créancier hypothécaire vicieux antérieur, ne pourrait pas être repoussé par celui-ci, parce que les mêmes motifs n'existent plus. En effet, si le créancier hypothécaire vicieux *ab origine* pouvait repousser le créancier à hypothèque valide, sous prétexte que celui-ci n'est que l'ayant cause du débiteur, et, comme tel, tenu de respecter et de maintenir son fait à l'égard de l'hypothèque nulle, l'autre lui rétorquerait avec un égal avantage le même argument, ce qui serait élisif de tout moyen de solution sur le conflit. C'est donc par un autre moyen que la question de préférence doit se décider entre les deux contendants. Et ce moyen est bien simple, c'est la raison qui l'indique. Si l'un et l'autre sont considérés comme *ayants cause* du débiteur commun, ce n'est cependant que dans les limites de leur contrat respectif. Vis-à-vis l'un de l'autre, ils ne sont entre eux que des *tiers* parce que leurs titres sont distincts. Dès lors ils doivent pouvoir s'opposer les vices dont l'un des titres est entaché, pour fonder le droit de préférence sur le titre valide. Dumoulin a très-bien indiqué la nécessité de cette distinction des limites jusqu'où s'étend l'obligation des ayants cause, considérés comme tels; il fait pressentir qu'il y a un point au delà duquel ils ne sont plus obligés comme tels, quand il dit : *Quoad jus et affectum actus gesti, quæritur aut inter quos confectus est, eorum hæredes et causam habentes,* IN QUANTUM CAUSAM HABENT, *aut inter penitus extraneos.* Or, il est incontestable que le contrat d'hypothèque nulle, intervenu entre le débiteur et son premier créancier, est chose tout à fait étrangère à l'égard du second créancier, pour qui il est *res inter alios acta;* de même que le contrat valide postérieur intervenu entre le débiteur et ce second créancier est étranger au premier. Quand le litige a lieu entre eux sur la préférence que mérite l'un des deux titres sur l'autre, la qualité d'ayant cause du débiteur commun s'efface, ils ne sont plus que des tiers l'un vis-à-vis de l'autre, et restent entiers dans leurs exceptions. *Voy.* au surplus note sur le n° 530, *infra.*

(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 444. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 228.

» pothèque générale, puisqu'elle portait sur » les biens à venir comme sur les biens pré» sents. »

Je ne sais où Grenier a vu que les lois romaines supposaient la convention *tacite* [1] dont il parle. On a vu ci-dessus les raisons qui prouvent que c'est dans d'autres motifs qu'il faut puiser les principes du droit romain sur la ratification de l'hypothèque, au cas dont nous parlons. Quant à ce que dit Grenier, qu'on se laissait diriger par les principes de l'hypothèque générale, le contraire résulte précisément de la loi 15, § 1, Dig. *de pign. et hyp.*, qui prend bien soin de remarquer la différence qu'il y a entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale pour la constitution de l'hypothèque sur la chose d'autrui.

Grenier pense que le mot *actuellement* a été mis dans notre article pour faire disparaître les inductions qu'on aurait pu tirer des lois romaines. Mais convenons qu'alors le législateur s'y serait bien mal pris. Car son mot *actuellement* ne fait que rappeler le principe des lois romaines, que, « *pour donner » hypothèque spéciale, il faut être propriétaire » de la chose au moment de la convention.* » Or, nous avons vu que les lois romaines, malgré ce principe, considéraient l'hypothèque comme valable, lorsque le débiteur devenait *ex post facto* propriétaire de la chose. Le mot *actuellement* n'est donc pas un obstacle à ce qu'on arrive à une pareille solution sous le Code civil.

J'ajoute que Grenier insiste beaucoup sur ce motif, que l'hypothèque doit être stable dès son origine et basée sur la certitude que la propriété réside sur la tête du débiteur. Mais cette raison ne manque-t-elle pas dans les obligations conditionnelles, dans le cas où celui qui a créé l'hypothèque n'avait sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou dépendant de l'événement d'une condition résolutoire qui affecte l'immeuble dans les mains d'un tiers (*supra*, n°s 468 *ter* et suiv.), enfin dans les hypothèques consenties *a non domino* et ratifiées ensuite par le véritable propriétaire (*infra*, n° 527)?

La solution que j'embrasse ne contraire ni le principe de *la publicité* ni celui de *la spécialité*. On ne peut concevoir le scrupule *catonien* [2] qui la ferait condamner, lorsque, ne blessant aucun intérêt et n'étant pas une source de fraude, elle assure des conventions faites de bonne foi [3].

524 *ter*. Quelques auteurs anciens ont avancé que le créancier ne pouvait exercer l'action hypothécaire, qu'autant que le débiteur qui avait hypothéqué une chose qui ne lui appartenait pas encore, la possédait au moins de bonne foi. Tels sont Accurse et autres glossateurs. Mais c'est encore une de ces opinions que Cujas [4] qualifiait de *nugæ*. » Nec (quasi in hanc rem Accursii nugas) » puta,... ut idem Accursius ait, dari hypo» thecariam si tempore conventi pignoris » debitor eam rem bona fide possidebat, » quoniam, propter bonam fidem, eo tem» pore quodam modo in bonis debitoris » fuisse intelligitur; non si eam rem mala » fide possidebat. Nam et hoc rejiciendum » est : quia utroque casu verius est, credi» tori, confirmato pignore acquisitione do» minii, dari utilem hypothecariam adver» sus debitorem qui eam possidet, *quasi re» troacta pignoris confirmati causa, ad tempus » conventionis* [5]. »

525. Avant de terminer sur ce point, je dois parler d'une question qui a fort agité les interprètes : plusieurs ont voulu que notre décision fût limitée au cas où le créancier ignorait que la chose hypothéquée n'ap-

---

[1] La loi 7, § 1, Dig. *qui potior*, parle d'une hypothèque constituée sur la chose d'autrui *quand elle m'appartiendra* (*si in dominium meum pervenerit*); mais la condition est ici *expresse*, et non *tacite*.

[2] On connaît la règle de Caton : *Quod ab initio nullum est, non potest tractu temporis convalescere*. Mais dans combien de cas cette règle ne se trouve-t-elle pas en défaut? Voy. *Répert.*, v° *Règle de Caton*.

[3] Le système contraire à celui que je défends peut s'appuyer d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 24 janvier 1833. Cette décision n'est cependant pas exempte d'obscurité. Elle paraît acquiescer en droit au système de Merlin, qui est aussi le mien; mais, en fait, elle l'abandonne, sous des prétextes qui me semblent peu concluants. — L'hypothèque constituée sur le bien d'autrui se consolide par l'acquisition que fait le débiteur du bien hypothéqué, surtout si l'inscription est prise depuis cette consolidation et avant qu'aucune autre hypothèque n'ait été légalement consentie sur le bien. (Brux., 10 août 1840.)

[4] *Quest.* Pauli, liv. 3, leg. 41, Dig. *de pignor. act.*

[5] Bien que l'hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble qui ne lui appartient pas soit validée à son égard par le fait de l'acquisition ultérieure de cet immeuble par ce débiteur, elle n'en demeure pas moins nulle à l'égard des autres créanciers régulièrement inscrits sur l'immeuble depuis son acquisition par le débiteur commun. (Code civil, art. 2124, 2129. Nancy, 30 mai 1843.)

Cette solution, contraire à l'opinion de Troplong et de Merlin, est encore adoptée par Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 51. Persil, *Rég. hyp.*, art. 2124. Duranton, t. 19, n° 367. Zachariæ, t. 2, § 266, p. 156.

partenait pas à son débiteur. Mais ils ont pensé que, lorsqu'il savait qu'elle ne lui appartenait pas, il ne pouvait exercer l'action hypothécaire.

D'autres ont décidé, au contraire, que le créancier pouvait se prévaloir de son hypothèque, soit qu'il ignorât, soit qu'il connût que son débiteur n'était pas propriétaire.

C'est un mot de Papinien qui a donné lieu à ces graves débats.

La loi 1, au Dig. *de pignorib. et hypoth.* tirée du livre 11 de ses réponses, porte ce qui suit :

« In speciem autem alienæ rei collata » conventione, si non fuit ei qui pignus da» bat debita postea debitori dominio quæ» sito, *difficilius* creditori qui non ignoravit » alienum, utilis actio dabitur : sed facilior » erit possidenti retentio. »

Noodt, Pothier, Cujas ont pensé que le mot *difficilius* devait être pris dans un sens tout à fait négatif [1].

D'autres croient que le créancier peut à la vérité exercer son action contre le débiteur, mais non pas contre les tiers possesseurs [2]. D'où il suit, ajoutent-ils, que Papinien a eu raison de dire que l'action doit être plus difficilement accordée que la rétention de la chose. Car le créancier peut retenir envers et contre tous la chose dont il est saisi [3]. Mais il ne peut la réclamer par son action que contre le débiteur seul.

D'autres enfin, tels que Voet, Corvinus, etc., soutiennent que l'action peut être exercée non-seulement contre le débiteur, mais encore contre les possesseurs, *qui causam ab eo habent*.

On peut voir Corvinus sur le tit. du C. *si aliena res*.

Quant à Voet, il prouve par les lois 6, C. *de act. empt.*; 1, § 9, Dig. *de postulando.*; 8, Dig. *de collat.*, et par le § 2 du tit. *de usu et habit.* des *Inst.*, que le mot *difficilis* ou *difficilius* n'a pas la signification que lui donnent Noodt, Pothier, etc.; qu'il n'exprime pas une négation; que dans la loi 1, au Dig. *de pign. et hypoth.*, Papinien s'en sert pour marquer une différence entre l'action et le droit de rétention. Qu'en effet le droit de rétention est plus étendu que l'action. Car le créancier opposera à tout le monde indistinctement son droit de rétention. Mais il ne pourra poursuivre par l'action hypothécaire que le débiteur ou ses ayants cause.

Et en effet, poursuit Voet, pourquoi les ayants cause ne seraient-ils pas tenus? «Cau» sam a debitore habent [4]. »

Je crois, avec Merlin, que cette interprétation de Voet est la meilleure. Elle est fondée sur les véritables principes, et l'on ne conçoit pas comment la maxime, *confirmato jure dantis, confirmatur jus accipientis*, pourrait être paralysée dans son application par la circonstance que le créancier savait, lors de la constitution de l'hypothèque, que la chose n'appartenait pas au débiteur. Les tiers possesseurs qui ont connu l'hypothèque inscrite du créancier, lorsqu'ils ont acheté de son débiteur devenu propriétaire de la chose, feraient preuve d'une mauvaise foi bien plus caractérisée en élevant des difficultés.

Qu'on jette les yeux sur les lois 17, Dig. *de fundo dotali*, et 42, *de usucapionibus*, dont s'appuie Voet, et après lui Merlin, et on verra si elles ne viennent pas fortifier par des arguments irrésistibles la doctrine à laquelle nous nous rangeons.

Par le droit romain, comme par le droit français, le fonds dotal était inaliénable. Eh bien! les deux lois citées décident que si le mari a vendu le fonds dotal de sa femme à un particulier, *scienti vel ignoranti rem dotis esse*, la vente est validée si la dot vient à être gagnée par le mari : *si tota dos lucro marito cessit*.

Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas d'une hypothèque?

Et c'est avec raison que Merlin se livre aux réflexions suivantes :

« Qui est-ce qui pourrait opposer au » créancier la connaissance qu'il avait de la » non-propriété du débiteur, lorsqu'il a ac» cepté de lui une hypothèque?

» Serait-ce le débiteur lui-même? Il n'y » serait pas recevable, parce que nul ne » peut exciper de son dol personnel.

» Serait-ce un tiers à qui le débiteur au» rait vendu ou hypothéqué le bien depuis » qu'il est devenu propriétaire? Il n'y serait » pas fondé, parce que son titre se réfère-

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 559, note *k*. Cujas, *Réponses de Papinien*, liv. 11, loi citée.

[2] Balde, sur la loi 1, Dig. *de pignor. act.* Godefroy, *idem*.

[3] Dans le droit romain, il arrivait souvent que la chose hypothéquée était livrée au créancier.

[4] *Quæ res pignori*, n° 4.

» rait nécessairement à une époque où l'hy- » pothèque du créancier aurait acquis toute » son efficacité contre le débiteur, et que le » débiteur n'eût pas pu, en cet état, trans- » férer plus de droit qu'il n'en avait lui- » même. » L. 3, § 1, Dig. *de except. rei vend.* [1].

526. Je viens de mettre le créancier hypothécaire en présence du débiteur en la personne de qui s'est consolidée la propriété de la chose hypothéquée, et de ses ayants cause; j'ai établi que son hypothèque devait être maintenue à leur égard.

Mais opposons-le à un autre créancier hypothécaire qui tiendrait ses droits non du *faux propriétaire*, mais du *véritable propriétaire*.

Par exemple, Titius hypothèque à Mœvius le fonds Cornélien qui appartient à Servius. Servius, qui ignore cela, donne hypothèque sur le même fonds à Sempronius; postérieurement Titius acquiert de Servius le fonds Cornélién. L'hypothèque donnée à Mœvius à une époque où Titius n'était pas encore propriétaire sera validée; mais le sera-t-elle au préjudice de Sempronius, qui tient son droit du véritable propriétaire?

Il faut répondre sans hésiter que non.

Car Servius, en ratifiant formellement l'hypothèque donnée sur son bien à Mœvius, n'aurait pu donner à cette ratification un effet rétroactif au préjudice de Sempronius [2].

Il ne peut donc faire, par la vente qu'il opère du fonds Cornélien, que l'hypothèque de Sempronius soit primée par celle de Mœvius.

Et c'est alors que Sempronius sera fondé à dire que l'hypothèque de Mœvius est nulle à son égard, comme constituée *a non domino;* c'est alors qu'il pourra invoquer le principe que, pour donner une hypothèque spéciale valable, il faut être propriétaire de la chose. Aucune exception ne pourra lui fermer la bouche, parce qu'il ne tient pas ses droits du débiteur. Si on lui oppose qu'il a dû connaître l'inscription de Mœvius, lorsqu'il a contracté, il répondra qu'il a été fondé à considérer comme un titre vain et inutile, une inscription prise par un individu non créancier du propriétaire, en vertu d'une hypothèque consentie par un individu non propriétaire de la chose; et dès lors on ne pourra lui faire aucun reproche de n'en avoir pas tenu compte.

527. Je passe maintenant à une nouvelle hypothèse, et je demande ce qu'on doit décider lorsqu'une hypothèque étant constituée par un débiteur sur un bien dont il n'est pas propriétaire, le véritable propriétaire vient à hériter du débiteur *ex post facto*.

L'hypothèque est-elle validée au regard de cet héritier, qui ne fait plus qu'une seule et même personne avec celui qui a constitué l'hypothèque?

Il existe sur cette question une célèbre antinomie dans le corps de droit.

Paul, dans la loi 41, Dig. *de pign. act.*, soutient que l'hypothèque est sans effet.

Au contraire Modestin dans la loi 22, Dig. *de pignorib. et hypothecis*, veut qu'on accorde une action utile au créancier [3].

Les docteurs se sont épuisés en vains efforts pour concilier deux décisions aussi contraires. Leurs opinions sont consignées avec des réflexions critiques, dans l'ouvrage de Nicolas de Passeribus intitulé : *Conciliatio legum* (p. 225). On y verra figurer, comme dans une vaste galerie, Accurse, Bartole, Salicet, Connanus, Doneau, Balduinus, Charondas, Fulgosius, Vultejus, Alciat, Duaren, Cujas, Hotomanus, Costalius, et autres que je passe sous silence [4]; car j'en ai assez nommé pour faire voir de combien de veilles ces deux lois ont été l'objet.

Quoi qu'il en soit, il faut convenir franchement avec Cujas [5], qu'il y a antinomie; que Paul ne fait qu'émettre l'opinion reçue de son temps; mais que Modestin, qui lui était postérieur, a fait remarquer (dans son livre des *différences* entre la nouvelle et l'ancienne jurisprudence, duquel est tirée la loi 22, Dig. *de pignorib.*) que l'opinion de Paul était abandonnée; qu'enfin c'est à la décision de Modestin qu'on doit s'en tenir, comme exprimant le dernier état des choses.

L'opinion de Modestin est en effet plus conforme à l'équité, qui est d'un si grand poids dans la jurisprudence française, et même aux véritables principes sur l'acceptation de l'hérédité.

En effet, l'héritier qui accepte est censé

[1] *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 437; col. 1.
[2] *Supra*, n° 496. Pothier, *Orléans*, tit. 20, n° 23.
[3] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 560, n° 20.
[4] *Adde* Voet, *quæ res pignori*, n° 5. Favre, *Conject.*, lib. 20, cap. 17. *Rationalia*, l. 41, *de pignor. act.*
[5] *Observ.*, l. 19, chap. 26.

ratifier tous les actes du défunt : il se les approprie, il en devient garant; il doit par conséquent les accomplir lorsque cela est en son pouvoir.

A la vérité, le président Favre [1] a émis une opinion contraire.

Il soutient qu'on ne peut opposer à l'héritier le fait de son auteur, que pour repousser par l'exception *quem de evictione*, etc., l'action que cet héritier intente contre le fait même de son auteur; mais qu'il en est autrement lorsque l'héritier, au lieu d'être acteur, n'est que défendeur. On ne peut, dit-il, le contraindre à exécuter un contrat stipulé par son auteur à son préjudice.

Mais son opinion a été réfutée par Mornac [2]; et en effet, de ce que l'héritier doit garantir tous les faits de son auteur, il s'ensuit qu'il lui est défendu d'invoquer le défaut de propriété de celui-ci. Car son auteur n'aurait pu se prévaloir lui-même de ce moyen sans alléguer son dol, sans se mettre en contradiction avec lui-même. L'héritier de peut donc être de meilleure condition; il doit entretenir tous ses faits et remplir toutes ses promesses. Il a ratifié, en se portant comme héritier, toutes ses obligations et les a prises pour son compte. N'est-il pas certain que, s'il ratifiait *expressément* l'hypothèque donnée sur son bien par le débiteur non propriétaire, cette hypothèque serait valable? Pourquoi donc ne voudrait-on pas qu'elle le fût par le fait de la ratification tacite qui résulte de l'adition d'hérédité? Telle est aussi l'opinion de Merlin [3]. On trouvera dans sa dissertation la dialectique la plus pressante réunie à la plus solide érudition.

528. Il résulte des principes enseignés ci-dessus que l'hypothèque qui serait consentie sur un domaine dont on n'est pas propriétaire, mais sous la condition qu'on en deviendra propriétaire ultérieurement, est valable [4].

Les lois romaines le décidaient ainsi, quoique l'hypothèque spéciale consentie purement et simplement ne pût, à Rome comme chez nous, être constituée que sur un bien dont on était propriétaire au moment de la convention. *Alinea res*, dit Martianus, dans la loi 16, § 7, *de pign. et hyp.*, *utiliter potest obligari sub conditione*, si debitoris facta fuerit [5].

On objectera peut-être ce que j'ai dit ci-dessus (n° 515), savoir, que le débiteur peut se plaindre de la clause en vertu de laquelle il a hypothéqué *ses biens à venir*, et la faire déclarer non écrite.

Mais ce cas est bien différent de celui que j'examine en ce moment. Lorsqu'on hypothèque *ses biens à venir*, il cesse d'y avoir spécialité, et la loi est violée dans ses dispositions fondamentales.

Au contraire, dans le cas actuel, il y a *spécialité*; l'immeuble est indiqué, on sait que c'est sur lui que s'assoira l'hypothèque, si le cas de la condition vient à se réaliser.

Cette condition, *si debitoris facta fuerit*, est sous-entendue dans tous les cas où le droit du débiteur sur la chose est *suspendu* par une condition, et dont nous avons parlé (n°s 468 *ter* et suiv.).

529. Puisque j'ai déjà traité de ce qui tient à l'hypothèque sur la chose d'autrui, je dois, pour terminer sur ce point, examiner une question qui n'en est devenue une que depuis que Toullier a cru devoir combattre une opinion unanimement admise, avant et depuis le Code civil.

Quel doit être le sort d'une hypothèque consentie, par acte authentique, sur un bien qu'un tiers soutient lui avoir été vendu *antérieurement* par un acte sous seing privé qu'il représente, mais qui n'a pas acquis de date certaine?

Par exemple, A donne à B une hypothèque sur le fonds Cornélien en vertu d'un acte authentique du 20 décembre 1826. Tout à coup C se présente armé d'un acte sous seing privé du 1er décembre 1826 non enregistré, duquel il résulte que A lui a vendu le fonds Cornélien, et il soutient que l'hypothèque de B est nulle comme constituée sur la chose d'autrui.

Jusqu'à présent on avait pensé que l'acte sous seing privé sans date certaine dont C se prévaut ne pouvait prévaloir sur l'acte authentique de B.

Mais Toullier a cru devoir enseigner une doctrine contraire. Il soutient que, d'après

[1] *Conject.*, l. 20, chap. 17. *Rationalia*, l. 41, *de pignor. act.*
[2] Sur la loi 41, Dig. *de pignor. act.*
[3] *Quest. de droit*, v° *Hyp.*, p. 440, col. 1. *Voy.* mon *Comm. de la vente*, n° 236.

[4] L. 7, § 1, Dig. *qui potior.* Huberus, sur le titre du Dig. *quæ res pignor.*, n° 2.
[5] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 558, n° 13.

l'art. 1323 du Code civil, l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, a, entre ceux qui l'ont souscrit et leurs héritiers ou ayants cause, la même foi que l'acte authentique; que B et C sont tous deux les ayants cause de A; et que, par conséquent, l'acte sous seing privé passé entre A et C fait foi de sa date contre B, de même que s'il était authentique. Car ce n'est qu'à l'égard des tiers, *penitus extraneos*, que l'acte sous seing privé ne fait foi de sa date que du jour de l'enregistrement (1328 du Code civil).

Toullier combat à la fois, dans sa longue dissertation, et Merlin et Ducaurroy, et il déploie contre ce dernier une mauvaise humeur et un dédain qui ne sont pas dignes du talent, presque toujours large et substantiel, du professeur de Rennes.

Il y a sans doute du vrai dans ce que dit Toullier. Ses définitions sont justes, et elles sont conformes à tout ce que les docteurs ont sans cesse enseigné. Seulement il en fait une mauvaise application; et, en se croyant l'écho des autorités les plus anciennes, il ne s'aperçoit pas qu'il est au contraire directement combattu par elles. Pour le prouver, je ne remonterai pas à l'établissement de la propriété, comme il le fait; mais j'invoquerai les lois romaines et les auteurs anciens, qui, à ma connaissance, ont écrit sur la question.

530. Cependant je dois, avant tout, poser les principes de la matière.

C'est une vérité qui est proclamée avec raison par Toullier, que le successeur ou ayant cause ne peut être de meilleure condition que son auteur. « Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet [1]. » « Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus ad me transiit [2]. » « Quod ipsis qui contraxerunt obstat et successoribus eorum obstabit [3]. »

Et remarquez que cette règle ne s'applique pas seulement aux successeurs universels, mais encore aux successeurs à titre singulier; qu'elle ne s'applique pas seulement aux héritiers, mais encore à ceux qu'on comprend sous la dénomination d'*ayants cause* [4], c'est-à-dire à ceux qui succèdent à titre de donation, legs, acquisition, échange, etc. [5].

C'est pourquoi les interprètes ont dit avec raison que le cessionnaire est l'*image* du cédant [6].

Or, puisque l'ayant cause représente son auteur, puisqu'il se sert de son droit, il s'ensuit que les actes souscrits par ce dernier lient l'ayant cause comme lui-même. L'article 1322 n'est que le corollaire de règles de droit incontestables.

Mais faisons bien attention à une chose : c'est que l'ayant cause ne représente son auteur que dans les choses et les droits qu'il tient de lui; *in quantum causam habet*, dit Dumoulin [7]. Autrement, il est ce que Dumoulin appelle avec raison *penitus extraneus*.

Voyez, en effet, la loi 156, 3, Dig. *de reg. juris*; elle porte : « *Plerumque emptoris eadem causa esse debet, circa petendum et defendendum, quæ fuit auctoris.* »

Elle se garde bien de dire que l'acheteur représente *toujours* le vendeur. Elle dit qu'il ne le représente que le plus souvent, *plerumque*. Il y a donc des cas où il ne le représente pas.

On voit en effet, par l'art. 941 du Code civil, que l'acquéreur peut attaquer, *pour défaut de transcription*, l'acte de donation fait par son vendeur.

On voit aussi, par l'art. 1321, tel que la jurisprudence l'a interprété (*infra*, n° 536), qu'une contre-lettre, faite entre un vendeur et un acquéreur, n'a pas d'effet contre le second acheteur, qui tient ses droits du premier acquéreur souscripteur de la contre-lettre. Quoiqu'il soit son ayant cause, il est tiers sous le rapport de la contre-lettre.

On verra plus bas (n° 550) que ce qui est *quasi-contrat* à l'égard des acquéreurs du débiteur, ne l'est pas à l'égard du débiteur lui-même (voy. aussi n° 568).

Il suit de ceci une conséquence impor-

[1] L. 177, Dig. *de reg. juris*.
[2] L. 175, § 1, Dig. *de reg. juris*.
[3] L. 143, Dig. *de reg. juris*. Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 886, n° 1457.
[4] Ferrières, v° *Ayant cause*. Furgole., ord. de 1731, art. 30. *Répert.*, id. Pothier, *Oblig.*, n° 67. Ce mot est employé dans les art. 137, 941, 966, 1319, 1322, 1323, 1340, 1365 du Code civil.
[5] Ce mot ne signifie cependant pas toujours un successeur particulier; par exemple, dans l'art. 941 du Code civil.
[6] Olea, *De cessione jurium*.
[7] Cout. de Paris, art. 5, § 10.

tante, c'est que le même individu peut, sur un point, être l'ayant cause d'une personne, et ne l'être pas sur un autre point; en un mot, qu'il peut, suivant les intérêts qu'il fait valoir, être tantôt un ayant cause, tantôt un tiers [1].

C'est ce qui a lieu dans l'espèce que je discute, et c'est ce que Toullier s'obstine à ne pas voir.

En effet, B et C sont bien les ayants cause de A, en ce sens que tous deux tiennent de lui des droits réels dont ils se prévalent; car, si on leur contestait ces droits, ils devraient, l'un et l'autre, argumenter du droit de A, qui est la source commune du leur. Mais, en ce qui concerne la date du titre de l'un et de l'autre, ils sont des tiers, *penitus extranei;* le titre passé entre A et B ne sert nullement de fondement aux droits de C; de même l'acte passé entre A et C est étranger à B, qui n'a pas besoin d'en argumenter pour justifier sa prétention.

Lorsque B a accepté hypothèque sur l'immeuble, il a sans doute accepté aussi toutes les charges qui s'y trouvaient avant la sienne; et, comme ayant cause de A, il est censé avoir promis de les respecter. Mais c'est à la condition qu'elles seront antérieures à son hypothèque, ainsi que le décide très-bien la loi 11, § 10, Dig. *de except. rei judicatæ* [2]. Or, B est toujours tiers à l'égard de A, pour veiller à ce que celui-ci n'altère pas le droit qu'il lui a transmis par des antidates, par des simulations. On sent que B, loin d'être à cet égard l'ayant cause de A, est, au contraire, son adversaire. Ceci étant admis, il s'ensuit que, lorsque C se présente avec un acte de vente émané de A, B est fondé à lui demander qu'il prouve que cet acte est antérieur au sien; il a droit de répudier cet acte, qui n'a pas de date certaine, et de dire à C : « Je ne serais ayant cause de » A, en ce qui vous concerne, qu'autant que » votre droit serait *antérieur* au mien. Vous » tournerez donc dans un cercle vicieux » tant que vous ne produirez pas un titre » ayant date certaine (voy. n° 532).

Qu'a donc voulu dire l'art. 1322, en disant que l'acte sous seing privé, reconnu par ceux qui l'ont souscrit, a, entre ceux-ci et leurs ayants cause, la même foi que l'acte authentique?

Cet article a voulu parler du titre commun, qui sert de fondement au droit de ceux qui l'ont souscrit et de leurs successeurs et ayants cause. Les ayants cause dont il s'occupe sont ceux qui sont obligés de remonter à l'acte même, comme à la source de leurs droits.

Par exemple, A vend à B, par acte sous seing privé non enregistré, le fonds Cornélien, se réservant une servitude de passage.

Plus tard, B vend le même immeuble à C par acte authentique, avec stipulation qu'*il est franc et quitte.*

A, voulant exercer son droit de passage, est inquiété par C. Alors il lui montre son titre sous seing privé qui lui réserve son droit de passage. C sera-t-il fondé à critiquer la date de cet acte?

Nullement; car, en combattant cet acte, il combattrait son propre droit : c'est cet acte seul qui rend B propriétaire, et il est palpable que s'il demeure sans force, C ne sera plus légitime propriétaire, B ne pouvant lui avoir transmis plus de droit qu'il n'en avait lui-même. C, étant donc forcé de s'appuyer de l'acte sous seing privé dont il s'agit pour justifier la propriété de son auteur, devra le prendre tel qu'il est, et il fera foi contre lui. Voilà le sens de l'art. 1322. C'est celui que lui donnent Merlin [3] et Grenier [4]. L'on aperçoit que Toullier, ordinairement si exact, fait confusion de choses qui doivent être soigneusement distinguées.

531. Prouvons maintenant que l'opinion de Toullier est nouvelle et isolée, quoiqu'il se fasse illusion au point de croire que c'est celle des jurisconsultes de tous les âges [5].

---

[1] Grenier, n° 354.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Opposition tierce.*

[3] *Quest. de droit*, v° *Tiers.*

[4] *Hyp.*, n° 354.

[5] C'est dans le même système d'argumentation que nous avons combattu la doctrine de Toullier sur le sens du mot *ayant cause*, dans nos *annotations critiques* sur l'ouvrage du savant professeur de Rennes, publiées en 1824, longtemps avant la publication du commentaire de Troplong.

Peu importe, disions-nous, ce qui est d'ailleurs très-vrai, que les acquéreurs successifs d'un même bien du même vendeur ne soient point des *tiers*, respectivement au vendeur qui a souscrit les deux actes : ce n'est pas entre le vendeur et les acquéreurs que le litige sur la vérité de la date de l'acte sous seing privé existe; c'est entre les deux acquéreurs seulement, dont l'un prétend son titre préférable à l'autre. Or, comme tous deux sont respectivement restés étrangers à l'acte l'un de l'autre, il est clair que l'acte de Primus avec Caïus du 1er janvier, *est res inter alios acta* relativement à Secundus; de même que l'acte du 1er mars, entre celui-ci et Caïus, l'est à l'égard

On sait, comme je l'ai dit ci-dessus (nº 503), que, par le droit romain, l'hypothèque pouvait être établie verbalement, et que l'écriture n'y était requise que pour la preuve.

Supposons donc que A eût hypothéqué le fonds Cornélien à B, sous seing privé du 1er janvier, et que, le 15 janvier, il eût hypothéqué à C le même fonds par acte authentique.

Sans doute que les lois romaines, d'accord avec Toullier, vont décider que l'hypothèque de B doit l'emporter sur celle de C?

Eh bien! c'est tout le contraire. La loi 11, au C. *qui potior in pignore*, porte, *in terminis*, que l'hypothèque de C est préférable.

« Sin autem jus pignoris vel hypothecæ, » ex hujusmodi instrumentis vindicare quis » sibi contenderit (l'empereur Léon parle » ainsi des actes sous seing privé, *quæ sæpe* » *assolent a quibusdam secrete fieri*), eum qui » instrumentis publice confectis nititur, » præponi decernimus, etiam si posterior » is contineatur. »

Et cependant, dans le droit romain, on reconnaissait non moins formellement qu'aujourd'hui que l'ayant cause n'est pas de meilleure condition que son auteur!

Comment Toullier conciliera-t-il cette décision avec son système? Il est certain que B et C sont, dans l'espèce posée, les ayants cause de A, dans le sens de cet auteur. Pourquoi donc l'acte passé entre A et B ne fait-il pas foi contre C? Pourquoi? parce que C, quoique, sous un rapport, ayant cause de A, est considéré ici comme *un tiers* à l'égard de B. C'est sous ce point de vue en effet qu'il est envisagé par Godefroy dans sa note sur la loi citée. « *Nam privati ratio* non » probat adversus TERTIUM (L. 6, D. *de pro-* » *bat.*). Facile quoque dices præferri posse » in fraudem antiquioris. »

Paul de Castro examine dans son conseil 134, liv. 1, si un créancier porteur d'un titre sous seing privé qui lui confère hypothèque, peut exercer cette hypothèque contre celui qui a acheté par un acte public postérieur en date. Et il décide que l'acheteur ne doit pas être soumis à l'hypothèque, parce que l'acte sous seing privé, quoique antérieur, ne fait pas foi de sa date; sans cela le vendeur pourrait, par des antidates, créer des hypothèques à sa volonté sur le fonds qu'il a vendu. Cette décision est motivée sur la loi 11 au Code, que je viens de citer.

Le même Paul de Castro rend une décision semblable dans un cas où un créancier hypothécaire, porteur d'un titre sous seing privé *antérieur* en date, prétendait une hy-

---

de Primus qui n'y est pas intervenu; donc Secundus est *tiers*, dans la véritable acception du terme, à l'égard de Caïus et Primus, cocontractants dans un acte séparé, comme Primus est *tiers* à l'égard de Caïus et Secundus cocontractants dans un autre acte. Ceci est sans réplique. Mais, continue-t-on, en leur qualité d'*ayants cause* du vendeur, il faut appliquer à ces acquéreurs la disposition de l'art. 1322, qui porte que l'acte sous seing privé reconnu, ou légalement tenu pour reconnu, a la même foi qu'un acte authentique, entre ceux qui l'ont souscrit et leurs *ayants cause*; donc l'acte du 1er janvier fait foi de sa date, non-seulement entre Caïus et Primus, mais aussi à l'égard de Secundus qui est également ayant cause de Caïus du chef de son acte du 1er mars. Sophisme s'il en fut jamais! S'ils sont l'un et l'autre *ayants cause* du vendeur, ce n'est, chacun d'eux, que jusqu'aux limites de leur contrat respectif; au delà de ces limites, ils ne sont plus des *ayants cause*, mais des *tiers*, dans le sens de l'article 1328. Cette distinction, si naturelle et qui est décisive dans le cas présent, est conforme à la raison et aux principes de tous les temps. Elle est indiquée par Dumoulin lui-même, sur la coutume de Paris, duquel Toullier reconnaît que la doctrine, en ce point, est passée dans le Code actuel, par l'intermédiaire de Pothier: *Quoad jus et effectum actus gesti, quæritur aut inter quos confectus est, eorum hæredes et causam habentes, in* QUANTUM CAUSAM HABENT, *aut inter penitus extraneos.*

Il est impossible, dit Toullier, absolument impossible, que deux personnes tiennent leur qualité d'ayants-cause de l'un des souscripteurs d'un acte, si elles n'ont elles-mêmes souscrit cet acte; et alors l'acte fait foi entre elles en qualité de souscripteurs, et non en leur qualité de simples ayants cause. J'en conclus qu'en disant que l'acte sous seing privé fait la même foi que l'acte authentique entre les ayants cause de l'un des souscripteurs, l'article 1322 n'a point voulu restreindre l'acception de ce mot aux ayants cause qui tiennent leur qualité du même acte.

Quoi qu'en dise Toullier, voici l'exemple de la possibilité, que deux personnes tiennent leur qualité d'ayants cause de l'un des souscripteurs d'un acte, sans que cependant elles aient elles-mêmes souscrit cet acte.

A vend à B l'usufruit, et à C la nue propriété, par un seul et même acte sous seing privé. Cet acte est reconnu entre eux.

B vend à D la pleine propriété.

C vend à E sa nue-propriété.

E conteste au pétitoire à D le droit à la nue propriété. *Quid juris?*

E et D, quoique tiers à l'égard l'un de l'autre, à raison de leurs auteurs immédiats C et B, sont néanmoins les ayants cause *ex eadem causa* de A l'auteur commun; et l'acte originaire qui a été reconnu entre les souscripteurs A, B, C, fait foi entre E et D considérés comme ayants cause de A, pour décider leur différend, quoiqu'ils n'aient pas souscrit cet acte. On voit, par conséquent, que cette interprétation de l'art. 1322 ne le restreint pas aux seuls souscripteurs de l'acte, etc.

Il est étonnant que Troplong ne se soit pas rappelé cette doctrine sur les *ayants cause*, au sujet de l'opinion qu'il émet au nº 524 *bis*, *supra*, que nous réfutons en note. (*Note de l'éditeur belge.*)

pothèque sur des biens donnés à titre gratuit par acte authentique [1]. C'est toujours sur la loi 11 qu'il fonde sa doctrine.

Ce que Paul de Castro résout d'une manière si formelle, Bartole et Balde l'avaient fait ressortir dans leurs commentaires sur la même loi.

Et l'on peut voir, dans Tiraqueau [2], la confirmation de cette opinion, qui a toujours été celle des docteurs les plus recommandables. C'est aussi celle de Neguzantius [3], qui n'hésite pas à dire que dans le concours de deux actes, l'un sous seing privé, l'autre par acte authentique, émanés du même individu et portant constitution d'hypothèque à deux créanciers, ou dans le concours d'une vente sous seing privé et d'une hypothèque constituée par acte authentique, l'on doit toujours donner la préférence à l'acte authentique.

Il faut donc reconnaître que dans ces hypothèses, tous les auteurs cités ont pensé que *l'on se portait comme tiers,* toutes les fois que l'on contestait la date d'un acte sous seing privé, fait par celui dont on est l'ayant cause, au profit d'un autre créancier.

532. Mais, dit Toullier, ces décisions contrarient formellement le principe du droit romain et du droit français, qui veut qu'on ne puisse transmettre à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même; si A vend à B, par acte sous seing privé, le fonds Cornélien, il ne peut plus ensuite l'hypothéquer à C.

Mais ce n'est là qu'une pétition de principe.

Toullier décide en effet que la vente sous seing privé est *antérieure* à l'acte authentique, et c'est précisément là ce qui est en question. Que peut-il répondre en effet à ceux qui soutiennent que cette vente est postérieure, qu'elle n'a de date certaine que du jour de l'enregistrement, et que par conséquent A a pu donner hypothèque à C? Il faut donc toujours en revenir à ce point, qui est le seul décisif, de savoir si C est un tiers à l'égard de la date de l'acte passé à B, et je crois avoir établi que l'affirmative ne peut être susceptible de doute.

533. S'il était besoin d'ajouter de nouvelles lumières à cette discussion, on trouverait la pensée tout entière du législateur dans l'art. 1243 du Code civil.

Il porte : « Si le bailleur vend la chose » louée, l'acquéreur ne peut expulser le fer- » mier ou le locataire qui a un bail authen- » tique, ou dont la date est certaine, à moins » qu'il ne se soit réservé ce droit par le » bail. »

Cet article ne dit-il pas clairement que quoique l'acquéreur tire son droit du bailleur, de même que le fermier, cependant il est un *tiers* à l'égard de ce fermier? C'est en effet la seule raison pour laquelle il ne veut pas que l'acte sous seing privé du fermier nuise à l'acte authentique de l'acquéreur.

Toullier, après avoir donné des raisons qu'il reconnaît mauvaises pour expliquer cette disposition du Code civil, se retranche à dire aujourd'hui que l'art. 1743 fait exception à l'art. 1322, et que l'exception confirme la règle. Mais sur quels motifs serait fondée cette exception? Toullier n'essaye pas de les faire connaître. On ne peut en apercevoir de plausibles. L'art. 1743 n'est donc pas une exception! c'est un corollaire, une application de l'art. 1322.

534. Il existe sur notre question quelques arrêts qui se contrarient. Je commence par le plus important de tous. Il émane de la cour suprême. Il a décidé, en date du 12 juillet 1825, que l'acte sous seing privé par lequel une société est dissoute a une date certaine vis-à-vis des créanciers de l'un des associés dont ils sont les ayants cause. Mais cet arrêt me semble rendu dans des circonstances qui ne permettent pas de donner une grande autorité doctrinale à cette application de l'art. 1322.

Dans l'espèce, il y avait eu, le 12 janvier 1819, une société universelle de gains entre Imbert père et fils. Cette société ne fut pas rendue publique : elle fut dissoute par acte sous seing privé du 15 février 1819, qui ne fut enregistré qu'en 1823.

Le 13 juillet 1823, jugement qui déclara Imbert fils en faillite; ses créanciers demandèrent que ce jugement fût déclaré commun avec Imbert père.

Mais la cour de Bourges rejeta cette prétention, en se fondant sur ce que la société avait été dissoute par un acte sous seing privé ayant date certaine contre les créanciers, et ce, antérieurement à la faillite; sur ce que depuis 1819, Imbert père ne s'était livré à

---

[1] Conseil 337, lib. 2.
[2] *De retractu convent.*, § 1, glose 7, nos 43 et suiv.
[3] 2 memb., 5e part. *De effect. prior.*, nos 49 et 50.

aucune opération de commerce, et que son fils avait seul géré, et souscrit en son nom personnel les lettres de change; qu'Imbert père avait cautionné personnellement les engagements de son fils, ce qu'il n'eût pas fait, et ce qui eût été inutile, s'il y eût eu société.

Les créanciers se pourvurent en cassation, et entre autres moyens, ils prétendaient qu'il y avait eu violation de l'art. 1328, en ce que la cour de Bourges avait donné à l'acte de dissolution de la société une date certaine antérieure à son enregistrement.

L'arrêt qui rejette le pourvoi est ainsi conçu :

« Attendu que dans l'espèce il s'agit d'effets souscrits par Imbert fils, sous sa signature isolée, et sans emprunter d'une manière même équipollente, la désignation collective de la raison sociale; qu'ainsi ils étaient, par leur contexte, tout à fait étrangers à Imbert père; qu'il devait même en être ainsi, puisque, lorsque le fils a souscrit les mêmes engagements, la société d'entre son père et lui avait été dissoute; qu'à la vérité elle ne l'avait été que par un acte sous seing privé, mais que cet acte avait une date certaine vis-à-vis des créanciers d'Imbert fils, comme vis-à-vis de leur débiteur, dont ils sont les ayants cause, n'ayant pas été allégué de fraude, de concert, ni de dol entre le père et le fils... Rejette. »

Je demande la permission de faire quelques réflexions sur cet arrêt. Je ne conteste pas qu'au fond il ait bien jugé, à raison des circonstances de fait reconnues par la cour de Bourges. Mais je crois qu'il y a erreur de droit dans les motifs qui établissent que les créanciers de la faillite Imbert étaient les ayants cause d'Imbert.

On ne peut nier qu'un créancier ne soit le plus souvant l'ayant cause de son débiteur. Il l'est, par exemple, lorsqu'il exerce ses droits; il l'est lorsqu'il réclame contre des tiers les droits que son débiteur lui a promis ou cédés, lorsqu'il exerce une action en saisie immobilière sur un tiers possesseur, en vertu d'une hypothèque que le débiteur lui a accordée [1].

Mais dans l'espèce jugée par la cour de cassation, les créanciers exerçaient-ils les droits de leur débiteur? Il me semble que non. Ils agissaient en leur nom personnel contre Imbert père, comme solidairement obligé à leur égard avec son fils pour les obligations souscrites par ce dernier, et ils fondaient cette solidarité sur la prétendue société qu'ils disaient avoir existé entre le père et le fils. Il s'agissait donc d'obligations alléguées par les créanciers entre Imbert père et eux; ils n'agissaient donc pas au nom d'Imbert fils. A la vérité, les droits d'Imbert fils étaient dévolus à la masse de ses créanciers depuis sa faillite; mais peut-on tirer de là la conséquence qu'elle ne pouvait attaquer l'acte de dissolution qu'Imbert père lui opposait, par la raison qu'Imbert fils n'aurait pu l'attaquer lui-même?

Je crois que ce serait aller trop loin et exagérer les conséquences de la représentation à titre singulier.

La masse était tierce personne à l'égard d'Imbert fils, en ce qui concerne le droit qu'elle avait d'empêcher que cet individu ne changeât sa position à l'égard des créanciers par des actes directs ou par des actes indirects. Sous ce point de vue, les intérêts étaient opposés les uns aux autres.

535. Un arrêt de la cour de Lyon du 26 novembre 1823 vient encore prêter son appui à la doctrine de Toullier, par laquelle il paraît avoir été entraîné.

La dame Rochette devait, en vertu d'un acte sous seing privé du 30 août 1811, au sieur Mathieu Rochette, une somme de 283 francs. Ce dernier céda cette créance au sieur Sermaise, par acte du 1er mai 1822 passé en forme authentique. Sermaise fit procéder à une saisie immobilière sur la dame Rochette; celle-ci produisit alors une quittance sous seing privé portant une date apparente antérieure à la cession. Sermaise répondit que cette quittance, n'ayant pas de date certaine avant la cession, ne pouvait lui être opposée, et son système fut admis par le tribunal de Roanne : mais, sur l'appel, la cour infirma la décision et accueillit les moyens plaidés par la dame Rochette. Elle pensa que, le cessionnaire prenant la place du cédant, on pouvait le repousser par l'exception de payement, de même qu'on aurait pu repousser le sieur Rochette lui-même; qu'il répugnait qu'un débiteur payant à son créancier direct, et se contentant d'une quittance sous seing privé, comme cela arrive ordinairement, pût être exposé, par l'effet d'une cession ultérieure que ferait le créancier, à payer une seconde fois; que s'il peut arriver qu'un cédant de mauvaise foi con-

[1] *Répert.*, v° *Opposition tierce.*

nive avec le débiteur, et lui fournisse au préjudice du cessionnaire des quittances sous seing privé antidatées, le cessionnaire aura toujours contre son cédant une action en garantie.

Je crois cet arrêt en opposition avec les vrais principes. Sans doute, le débiteur peut faire des payements à son créancier direct, tant que la cession ne lui est pas connue; mais il faut qu'il justifie ces payements par des quittances ayant date certaine avant la cession.

Sans cela il n'y aurait jamais de cession que la fraude ne pût facilement rendre préjudiciable au cessionnaire; et vainement l'arrêt de la cour de Lyon indique-t-il à ce dernier la ressource de l'action en garantie. Car cette action peut être très-souvent inutile par suite de l'insolvabilité du cédant.

On se récrie sur l'infortune du débiteur qui serait obligé de payer deux fois. Mais comment prouve-t-on qu'il a payé une première fois avant la cession? L'acte sous seing privé ne fait pas preuve à cet égard, puisqu'il ne porte pas de date certaine, et qu'il est très-facile qu'il soit antidaté. D'ailleurs, si le débiteur a payé la totalité de la dette, pourquoi a-t-il eu l'incurie de ne pas retirer le titre? S'il n'a payé qu'une partie, pourquoi n'a-t-il pas fait tenir note en marge des à-compte? N'y a-t-il pas ici une faute assez lourde de la part du débiteur, pour qu'on ne le favorise pas aux dépens de l'acheteur de bonne foi? Au surplus, ce n'est point par des considérations de faveur que la question doit être jugée. J'ai fait assez connaître les principes qui doivent prévaloir [1].

536. La question a été jugée dans un sens opposé par plusieurs autres arrêts. J'en cite d'abord deux, l'un de la cour de Bruxelles, en date du 15 novembre 1809 [2], l'autre de la cour de Nîmes, en date du 11 février 1822.

Voici les motifs principaux de l'arrêt de Nîmes :

« Attendu que l'intimé Pelet ne se pré» tend libéré de la créance de la dame Ca» nonge qu'en vertu qu'un acte privé; enre» gistré postérieurement à la donation que » la dame Canonge avait faite par acte au» thentique à la demoiselle Puéchégur; » qu'on ne peut considérer comme ayant » cause, dans le sens de l'art. 1322 du Code » civil, le donateur d'une créance qui en » poursuit le payement envers le débiteur » porteur d'une quittance sous seing privé » non enregistrée avant la donation; que, » quoique le droit du donataire émane ori» ginairement du donateur signataire de la » quittance, il n'est pas moins vrai que le » même donataire est un tiers à l'égard du » débiteur, et même à l'égard du donateur, » en ce qui concerne l'empêchement de » celui-ci d'attenter directement ni indirec» tement à l'irrévocabilité de la donation; » d'où il suit que dans ce cas il y a lieu à » l'application de l'art. 1328 du Code civil.»

Il existe encore sur notre difficulté un arrêt de la cour de Caen en date du 19 mars 1823, qui décide qu'une contre-lettre sous seing privé, portant déclaration d'un acquéreur que la vente est simulée, n'a pas de date certaine contre un tiers acquéreur du signataire de la contre-lettre, et que par conséquent ce tiers acquéreur n'est pas, dans le sens de l'art. 1322 et sous ce rapport, l'ayant cause de son vendeur.

La même question avait déjà été résolue en ce sens, à l'égard d'une contre-lettre, par un arrêt de la cour de cassation du 18 septembre 1810.

La cour de cassation s'est encore prononcée formellement contre Toullier par arrêt du 20 février 1827.

Le 30 janvier 1790, acte sous seing privé par lequel Frédéric cède à son frère Antoine Villète une maison indivise entre eux.

Le 2 mai 1792 les deux frères Villète conjointement vendent cette même maison à Devielle. Celui-ci en jouit jusqu'en 1822. A cette époque, il est poursuivi en expropriation par la veuve Antoine Villète, qui prétend exercer sur l'immeuble son hypothèque légale.

Devielle objecte qu'elle ne peut l'exercer que sur la portion appartenant à son mari, et qu'elle ne le peut sur la portion appartenant à Frédéric Villète. La veuve Villète répond que par l'acte de 1790, tout l'immeuble appartenait à Antoine. A la vérité cet acte est sous seing privé, dit-elle; mais Devielle est l'ayant cause de son vendeur, et tous les actes souscrits par le vendeur sont opposables à l'acquéreur. Jugement du

[1] *Voy.* mon *Comm. de la vente*, nº 920. On y trouvera de nouvelles autorités.

[2] Sirey, t. 10, 2ᵉ part., p. 282.

tribunal d'Évreux qui adopte ce système : mais sur l'appel, arrêt infirmatif de la cour de Caen fondé sur ce que l'acte de 1790, n'ayant pas date certaine, ne peut être opposé à Devielles. Sur le pourvoi en cassation, arrêt ainsi conçu : « Attendu que l'acte de cession du 30 janvier 1790, par lequel Antoine Villète est devenu seul propriétaire de la maison, a été fait sous seing privé, et n'a acquis date certaine qu'en 1824, et qu'ainsi il ne peut être opposé avec succès au tiers acquéreur et prévaloir sur le contrat du 2 mai 1792 suivi d'une possession conforme au titre, rejette [1]. »

Enfin, un arrêt de la cour de Nancy, rendu sur mes conclusions le 14 février 1828, a décidé que le donataire peut être admis à critiquer la date d'un acte d'obligation sous seing privé, souscrit par le donateur, et que cet acte ne peut lui être opposé comme ayant date certaine à son égard [2].

536 *bis*. Nous avons vu aux nos 513 et 514 que notre article exige que la *nature* et la *situation* des immeubles appartenant au débiteur et soumis à l'hypothèque soient désignées dans l'acte constitutif de l'hypothèque conventionnelle.

A notre avis, il ne faut pas apporter un esprit trop minutieux dans l'exigence de ces conditions. Il suffit que les parties aient employé telle ou telle désignation qui ne laisse pas de doute sur l'identité de l'immeuble.

Il faut convenir cependant que les arrêts ne se sont pas toujours montrés fidèles à cet esprit d'interprétation large et équitable.

Un arrêt de la cour de cassation du 13 août 1808 a déclaré nulle une constitution d'hypothèque frappant sur *tous les biens que le débiteur possède dans une commune* déterminée, par la raison qu'il n'y avait pas indication de la *nature* des biens affectés. Un autre arrêt de la cour d'Aix, du 30 août 1819, a aussi jugé que la constitution d'hypothèque faite sur *tous les biens ruraux que le débiteur possède dans telle commune* est nulle comme manquant de spécialité. Un troisième arrêt émané de la cour de cassation et en date du 20 février 1810, exige que l'acte fasse connaître l'*état de la superficie des immeubles hypothéqués*, c'est-à-dire *le mode de leur exploitation*, s'ils sont *bâtiments, cours, jardins, incultes*, etc. On peut voir dans le recueil de Dalloz plusieurs autres arrêts rédigés dans cet esprit de rigueur.

Mais plus tard la jurisprudence commença à tourner vers des idées plus douces, et à prendre une tendance plus raisonnable. Il faut consulter un arrêt de la cour de cassation du 15 juin 1815, un arrêt de Riom du 24 février 1816, un autre de la même cour du 15 février 1826, un arrêt de Grenoble du 27 juillet 1829, qui décide qu'une constitution d'hypothèque *sur tous les immeubles possédés dans la commune de Succieu*, est valable; enfin un arrêt de la cour de cassation du 10 février de la même année, portant que la désignation voulue par la loi est remplie par ces mots, *sur tous les biens situés dans la commune de Saint-Sardis, département de Lot-et-Garonne* [3].

Dans cette matière, c'est le préjudice de

---

[1] Cet arrêt me semble contraire à l'arrêt cité, no 534.

[2] *Voy*. encore un arrêt conforme de Bordeaux, 30 mars 1829. Cet arrêt est motivé d'une manière remarquable. On y reconnaît la main d'un magistrat, M. *de Saget*, qui sera longtemps regretté par les amis de la science, et qui, après avoir été la gloire du barreau de Bordeaux, honorait la magistrature par son caractère, son indépendance et ses talents.

La question a été soulevée, mais non résolue, dans l'espèce d'un arrêt de la cour de cassation du 26 novembre 1834. (Angers, 20 février 1829. Toulouse, 7 juillet 1831.)

[3] Il y a désignation suffisante des biens hypothéqués et de leur nature, lorsque le débiteur a déclaré hypothéquer *tous les immeubles* qui lui appartiennent dans telle commune, et notamment une maison située dans cette même commune. (Nancy, 30 mai 1843.)

Même solution, quand le débiteur s'est borné à déclarer qu'il hypothèque les biens qu'il possède dans la commune de..., *tels qu'ils sont désignés et confrontés dans le cadastre ?* (Code civil, art. 2129. Pau, 23 août 1834.)

La jurisprudence paraît aujourd'hui irrévocablement fixée dans ce sens. (*Voy*. encore cass., Paris, 23 février, 6 mars 1820, 28 août 1821 et 19 février 1829. Pau, 23 août 1834. *Sic*, Grenier, no 186.)

C'est indiquer suffisamment la nature et la situation des biens que l'on donne en hypothèque, que de les désigner comme consistant en château, métairies et terres, situés dans une commune déterminée. (Brux., cass., 6 novembre 1833.)

L'art. 2129, Code civil, qui exige pour la validité de l'hypothèque une indication suffisante du bien hypothéqué, n'est introduit que dans l'intérêt des tiers. Le débiteur ne peut invoquer la nullité résultant de l'insuffisance de la désignation. (Gand, 25 janv. 1839, *J. de B.* 1839, p. 62. *V*. aussi l'arrêt déjà cité, Pau 23 août 1834.)

Lorsque dans un contrat de constitution d'hypothèque, il y a contradiction entre les diverses énonciations relatives à la désignation des fonds hypothéqués, le doute qui en résulte doit s'interpréter en faveur du débiteur, et dans le sens qui tend à restreindre l'hypothèque plutôt qu'à l'étendre. (Code civil, art. 2129 et 1162.)

Cette interprétation doit prévaloir, même à l'égard d'un tiers acquéreur de l'immeuble, devenu adjudicataire sur un cahier des charges reproduisant les énonciations du contrat de constitution d'hypothèque : vainement il

celui qui attaque l'hypothèque qu'il faut considérer. S'il a été induit en erreur, on ne doit pas hésiter à invalider l'hypothèque; mais s'il n'a pas été trompé, s'il a connu la position du débiteur et les charges dont ses biens étaient grevés, il sera plus juste de repousser des moyens de nullité fondés sur un esprit de pointille et favorables à la chicane. Je sais que cette opinion est combattue par Merlin [1], par Delvincourt et autres [2], qui sont beaucoup plus rigoureux que moi. Mais comme notre article ne me paraît prononcer aucune nullité d'ordre public, je persiste dans le parti le plus humain (*supra*, n° 514).

Je crois pouvoir ajouter d'ailleurs que ces auteurs sont dans une grande erreur s'ils s'imaginent lutter pour l'observation de la loi. La pratique m'a prouvé que tout ce luxe de nullités n'aboutit qu'à surcharger les actes notariés de quelques formules vaines, qui n'ajoutent aucune garantie à la sûreté des prêts. Que font en effet les notaires familiarisés avec les difficultés de leur ministère? Dans la crainte qu'une omission ne compromette les droits de leurs clients, ils épuisent au hasard la nomenclature de toutes les natures d'immeubles, bâtiments, prés, chènevières, bois, terres, friches, etc., etc., quoique souvent l'emprunteur soit loin de posséder des biens de ces diverses espèces; mais comme il faut nécessairement que les propriétés qu'il hypothèque rentrent dans l'une ou l'autre de ces catégories, la formule supplée à tout, et en ayant l'air de se soumettre à cette spécialité minutieuse qu'on voudrait faire prévaloir, elle s'en rit et la réduit à une simagrée puérile.

ARTICLE 2130.

Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exposant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra dans la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions.

SOMMAIRE.

537. L'art. 2130 fait exception au principe, qu'on ne peut hypothéquer les biens à venir sous le Code civil.

538. Pour quels motifs cette modification a été introduite.

538 *bis*. Examen de la question de savoir si celui qui ne possède pas d'immeubles *actuels*, peut hypothéquer ses biens à venir. Opinions diverses. Réfutation de l'opinion de Persil, Dalloz, Delvincourt, et d'un arrêt inédit de Nancy. Résolu que le débiteur peut hypothéquer. Raisons.

539. S'il y a des biens suffisants, les tiers créanciers et le débiteur lui-même peuvent faire annuler la stipulation d'hypothèque sur les biens à venir.

540. Quand faut-il prendre inscription sur les biens à venir? Quel est l'ordre à suivre entre les créanciers qui ont droit sur les biens à venir?

540 *bis*. On ne peut hypothéquer nommément les biens d'une succession future. Mais quand il y a stipulation vague d'hypothèque sur les biens *à venir*, les biens échus par succession en sont frappés.

540 *ter*. De la réduction des hypothèques sur les biens à venir. Renvoi.

COMMENTAIRE.

537. Notre article contient l'exception que j'ai annoncée ci-dessus au principe du Code civil, qu'*on ne peut hypothéquer les biens à venir*.

---

invoquerait la règle de l'art. 1602, Code civil, qui veut que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. (Bordeaux, 22 mars 1832. Sirey, t. 33, 2e part., p. 63.)

Les juges peuvent sans violer aucune loi, décider que l'hypothèque conférée sur un domaine situé dans tel terroir, ne comprend pas les pièces faisant partie de ce domaine, mais situées dans un autre terroir : c'est là une appréciation de fait qui échappe à la censure de la cour suprême. (France, cass., 6 avril 1841.)

Est valable la promesse de donner hypothèque, encore que l'acte ne contienne aucune spécialité des biens de l'obligé ou débiteur. (Paris, 16 mars 1825. Sirey, t. 26, 2e part., p. 71.)

[1] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 411.

[2] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 259.

Il permet que, dans le cas d'insuffisance des biens présents, le débiteur hypothèque les biens qu'il acquerra par la suite, au fur et à mesure des acquisitions.

538. Cette modification a été introduite dans l'intérêt du débiteur et du créancier ; dans l'intérêt du débiteur, parce que l'espérance de lui voir acquérir des biens capables de suppléer à l'insuffisance de ceux qu'il possède actuellement, encourage les capitalistes à lui confier leurs fonds; dans l'intérêt du créancier, parce qu'elle lui assure une garantie de plus. La loi a voulu favoriser les prêts d'argent et par conséquent les affectations d'hypothèque qui en font la sûreté. Elle a permis que le cercle de ces affectations s'étendît autant que possible, toutes les fois que les bases du nouveau système n'avaient pas à en souffrir.

Ainsi, celui qui aujourd'hui n'a qu'un patrimoine exigu, mais qui exerce une industrie ou un état lucratif, trouvera dans la possibilité d'hypothéquer ses biens à venir, des moyens de se procurer de l'argent pour se livrer à des entreprises plus considérables. Il lui suffira d'établir que ses biens actuels ne sont pas suffisants pour répondre du capital qu'il emprunte.

538 *bis*. On demande si celui qui ne possède rien, mais qui a espérance d'acquérir des immeubles, pourra hypothéquer ses biens à venir pour sûreté des fonds qu'il emprunte. Cette question partage les auteurs et les tribunaux. Persil [1], Delvincourt [2] et Dalloz [3] sont d'avis que pareille hypothèque n'est pas valable, parce que les termes de notre article indiquent qu'il faut que le débiteur possède des biens présents libres, mais insuffisants. Grenier professe une opinion contraire [4], et il existe en ce dernier sens un arrêt de la cour de Besançon, du 29 août 1811, motivé sur ce que « l'article 2130 ne doit pas être restreint au cas » où le débiteur possède et hypothèque, au » moment de l'obligation, des biens présents qui sont insuffisants quoique libres; » qu'il doit s'étendre, et à plus forte raison, » au cas où le débiteur n'a aucun immeuble » à offrir pour sûreté à son créancier, parce » qu'alors il est évident qu'il y a insuffisance absolue; que le législateur, en modifiant la défense d'hypothéquer les biens à » venir, ayant voulu venir au secours du débiteur dont les facultés présentes sont trop » faibles pour se procurer du crédit, n'a » pas voulu refuser cette faveur à celui qui, » n'ayant aucune fortune présente, se trouve » dans une position d'autant plus favorable » qu'elle est plus malheureuse. » Au contraire, la cour de Nancy s'est prononcée dans le sens de Persil et de Delvincourt, par un arrêt du 16 août 1831, dont voici les motifs. « Attendu que la loi ne reconnaît d'hypothèque conventionnelle valable que celle » qui, soit dans le titre constitutif de la » créance, soit dans un acte postérieur, déclare spécialement la nature et la situation » des immeubles actuellement appartenant » au débiteur, et que *les biens à venir ne* » *peuvent être hypothéqués*; que, si l'article 2130 admet une exception à ce principe fondamental du système hypothécaire, » elle doit être restreinte au seul cas qu'il a » déterminé, celui de l'insuffisance des *biens* » *présents et libres* du débiteur; qu'étendre, » comme l'a fait le tribunal de Toul, cette » exception au cas où le débiteur n'aurait, » au moment où il consent l'hypothèque, » aucun immeuble à affecter à la sûreté de » son obligation, ce serait détruire de la » manière la plus absolue, le principe consacré par le dernier paragraphe de l'article 2129. »

Il existe, dans le même sens, un arrêt de la cour de Riom du 25 novembre 1830, rendu sous la présidence de Grenier. Ce magistrat aurait-il changé d'opinion?

Au surplus, quel parti doit prévaloir?

Il me semble que ce ne doit pas être celui de la cour de Nancy et de la cour de Riom. Ces deux cours se sont attachées aux mots beaucoup plus, ce me semble, qu'à l'esprit de la loi, qui est un guide plus sûr que la lettre.

En effet, le but du législateur est facile à comprendre. Treilhard, orateur du gouvernement, l'exposait de la manière suivante [5]: « La défense d'hypothéquer en général les » biens à venir est la conséquence de ce que » je viens de dire. Tout ce que peut désirer » un citoyen, c'est de pouvoir, *quand ses facultés présentes sont trop faibles*, donner à

[1] Art. 2130, n° 7.
[2] Delvincourt, t. 8, p. 75, note 1.
[3] Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 240.

[4] Grenier, n° 65. *Sic*, Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Hyp.*, n° 274.
[5] Locré, t. 8, p. 244.

» son créancier le droit de s'inscrire par la » suite sur le premier ou le second immeuble » qu'il acquerra; c'est une affectation spé» ciale qui se réalisera par l'inscription, » lorsque l'immeuble est acquis. Le projet » contient cette disposition, et vous pouvez » juger par là que si le gouvernement a » voulu pourvoir à ce que les créanciers ne » fussent pas exposés aux suites de la mau» vaise foi d'un débiteur, il a pourvu avec » le même soin *à ce que le débiteur ne fût pas* » *la victime des circonstances malheureuses* » *dans lesquelles il pourrait se trouver, et il lui* » *conserve son crédit entier et sans la moindre* » *altération*. »

Le législateur a donc voulu venir au secours du débiteur dont les facultés sont trop faibles : il a voulu lui conserver son crédit. Remplit-on ce vœu lorsque l'on refuse à celui qui a le malheur de ne posséder aucun immeuble, et dont les ressources sont par conséquent d'une exiguïté trop certaine, les moyens de se tirer d'une position fâcheuse et qu'on lui enlève la source de tout crédit? Car enfin, quelle différence raisonnable peut-on faire entre le débiteur qui n'a rien d'actuel, et celui qui ne possède que des biens insuffisants, si ce n'est que le premier remplit encore mieux que le second la condition d'*avoir des facultés trop faibles*, pour répéter les expressions de Treilhard?

On objecte ces mots : « *Si les biens présents* » *et libres du débiteur sont insuffisants pour la* » *sûreté de la créance*. » Donc, dit-on, il faut que le débiteur ait des biens présents et libres, mais insuffisants.

Je ne puis goûter ce raisonnement. Le législateur ne parle ici des biens *présents et libres* que par suite de la pensée qu'il avait dans l'article précédent, savoir, que l'hypothèque des biens à venir ne peut avoir lieu tant qu'il y a des biens *présents et libres*. C'est une chose inutile, et souvent une ruse, d'hypothéquer ses biens à venir quand on a des biens présents suffisants pour sûreté des fonds qu'on emprunte. L'ancienne jurisprudence tombait dans cet inconvénient qui accumulait les hypothèques générales, et soulevait entre créanciers une foule de difficultés, de débats et de mécomptes. Le Code a voulu sortir de cet état vicieux. Tant qu'il y a des biens libres suffisants au moment où l'on contracte, il est défendu d'hypothéquer les biens à venir. Mais s'ils sont insuffisants, ou, ce qui est la même chose, s'il n'y en a pas du tout, l'hypothèque des biens à venir est utile, et le Code la permet, à condition qu'elle se spécialisera au fur et à mesure des acquisitions. Ainsi, le législateur ne parle des biens présents insuffisants, que par opposition au cas où il y en a de suffisants, et où par conséquent ni le débiteur ni le créancier ne peuvent trouver mauvais qu'on défende l'hypothèque des biens à venir. Mais il n'entend nullement exclure le cas où le débiteur ne possède aucun bien présent, parce qu'il y a encore plus de motifs de venir à son secours, et qu'il est clair que son crédit n'a de point d'appui que dans ses biens à venir. En un mot, je ne mets aucune différence entre la rédaction de notre article et la paraphrase qu'en a donnée Tarrible : « Le législateur a prévu le cas *où l'emprun-* » *teur n'aurait pas actuellement des immeubles* » *libres suffisants* pour répondre de la dette. » Il n'a pas voulu que l'impuissance de sou» mettre à l'hypothèque conventionnelle les » biens à venir pût nuire à son cré» dit, etc. [1]. »

Voyez à quelles conséquences peu rationnelles on arrive dans l'opinion que je combats. On veut absolument que le débiteur possède des biens présents et libres, mais insuffisants; ce n'est qu'à cette condition qu'on lui permet d'hypothéquer ses biens à venir. Mais on ne fixe pas, on ne peut pas fixer le *quantum* de biens libres que possédera ce débiteur, pour jouir de la prérogative d'hypothéquer ses biens à venir. D'une part, on a l'air de considérer la faculté d'hypothéquer les biens à venir comme un de ces droits précieux que les lois font dépendre du payement d'un cens ou de la jouissance d'une propriété; on demande au débiteur son certificat de biens libres, comme on demande à l'électeur le certificat de ses contributions. Mais d'autre part, on n'assigne pas de minimum à ce débiteur, de sorte qu'il lui est permis de descendre aussi bas que possible dans l'échelle de la propriété pour justifier de sa capacité. Eh bien! il suffira qu'il possède une parcelle de terre de 10 francs pour pouvoir dire : Je suis propriétaire de biens libres; j'ai droit d'hypothéquer mes biens à venir. Alors devront cesser les scrupules qui surgissent de la lettre de la loi. Il y aura des biens présents, des biens libres, et qui seront insuffisants.

---

[1] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 912, n° 7.

On appliquera sans hésiter l'art. 2130. Mais, de bonne foi, ne sommes-nous pas ici dans l'absurde? L'application de la règle que je combats ne nous mène-t-elle pas à des résultats condamnés par la raison? Croit-on que le législateur ait voulu mettre une différence entre le propriétaire d'un terrain de 10 francs, et celui qui ne possède rien d'immobilier?

Mais, me dit-on, il sera donc permis d'hypothéquer les biens à venir! Vous détruisez *d'une manière absolue* le § final de l'art. 2129.

Voilà une grande erreur! L'article dont on parle est si peu détruit d'une manière absolue, qu'il subsistera dans la plupart des cas, et surtout dans tous les cas qui ont été prévus par le législateur. En effet, quiconque possédera des biens présents suffisants ne pourra hypothéquer ses biens à venir. Toutes les fois qu'il y aura des sûretés actuelles, il sera défendu de mettre l'avenir à contribution; tant que l'hypothèque *spéciale sera possible,* on repoussera l'hypothèque indéterminée sur des biens qu'on ne possède pas encore. Le législateur n'a pas voulu autre chose.

On insiste et l'on dit : Lorsqu'il y a des biens présents, quoique insuffisants, l'hypothèque a déjà une assiette. Il y a là un objet fixe et actuel qui lui permet de s'établir conformément à l'art. 2129 du Code civil. Une fois constituée, on conçoit qu'elle puisse s'étendre sur les biens à venir : c'est une continuation de ce qui existe; mais quand il n'y a pas de biens présents, l'hypothèque a manqué de base dans son principe, et il n'est pas étonnant que le législateur n'ait pas permis qu'elle arrive jusqu'aux biens à venir.

Ceci n'est qu'un sophisme. L'hypothèque ne s'étend pas des biens présents sur les biens à venir comme elle s'étend du principal à l'accessoire, ou de la chose même à ses améliorations (art. 2133). L'hypothèque des biens à venir peut subsister par elle-même sans qu'il y ait des biens présents. C'est ce qui a lieu dans les hypothèques légales et judiciaires, toutes les fois que le débiteur n'a pas de fortune actuelle. En principe, chaque immeuble forme par lui-même une assiette hypothécaire indépendante, et qui n'a rien de commun avec les hypothèques qui grèvent les fonds appartenant au même propriétaire. Où a-t-on vu que les biens à venir ne soient sujets à hypothèque que par accessoire des biens présents? Ce sont au contraire les biens présents qui forment le principal obstacle à l'hypothèque conventionnelle des biens à venir. L'art. 2161 indique d'ailleurs par son texte qu'il peut y avoir hypothèque sur des biens à venir sans biens présents.

Je terminerai par une observation. Le Code hollandais n'admet, comme le nôtre, que l'hypothèque des biens présents, et l'on peut même dire qu'il est beaucoup plus sévère à cet égard, puisqu'il rejette les hypothèques générales tant légales que judiciaires, et qu'il a adopté le système de la spécialité d'une manière absolue. Si cependant un débiteur s'est obligé à fournir une hypothèque au créancier, l'art. 1251 permet de le contraindre à remplir cette obligation sur les biens qu'il aura acquis après son engagement [1]. Pourquoi donc une convention si licite, si facile à concilier avec la spécialité, ne trouverait-elle pas sa place dans notre jurisprudence, évidemment plus large que le système hollandais? Par quelle rigueur excessive s'obstine-t-on à se prononcer dans le doute contre le crédit et la liberté des transactions [2]?

539. Si les biens du débiteur étaient suf-

---

[1] *Revue étrangère*, par Fœlix, t. 1, p. 650.

[2] Nonobstant toutes ces raisons, nous pensons qu'il faut adopter de préférence l'opinion de Persil et de Delvincourt et de l'arrêt de Nancy. Le texte de l'art. 2130 est trop formel pour qu'on puisse en changer le sens, comme essaye de le faire Troplong. *Si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants*, présuppose bien nécessairement que le débiteur a des biens. Ajoutez à cela que l'article est une dérogation exceptionnelle à la disposition précédente *que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués* (par hypothèque conventionnelle s'entend). Or, comme veut l'interpréter Troplong, ce ne serait plus une disposition dérogatoire exceptionnelle, ce serait créer une antinomie réelle entre les deux dispositions. Ce que disait Treilhard ne renfermait rien qui puisse justifier l'argumentation de Troplong, et l'opinion de Persil n'en est pas contrariée non plus. En outre ce système ne peut s'établir qu'en faussant aussi le sens et l'esprit de l'art. 2129 lui-même qui n'est plus pour Troplong une disposition générale pour tous les cas d'hypothèque conventionnelle, mais une disposition subordonnée à la condition sous-entendue : *s'il y a des biens présents libres.* Son argument, que détruisent les textes formels, est donc basé sur la plus grossière pétition de principe. Il justifie son opinion sur l'art. 2130 par l'art. 2129 à qui il fait dire tout autre chose que ce qu'il dit, et cette même explication de l'art. 2129 il l'appuie sur l'art. 2130. Le cercle est on ne peut pas plus vicieux.

Nous ferons observer encore que Troplong a tort aussi de se prévaloir de l'art. 2161, pour soutenir qu'il peut y

fisants, et qu'il eût fait une fausse déclaration à cet égard, les tiers intéressés pourraient prouver son mensonge et son erreur, et s'en prévaloir pour faire déclarer nulle l'hypothèque des biens à venir.

Je crois que le débiteur lui-même pourrait prouver que les biens présents étaient suffisants, et obtenir la liberté des biens à venir. Car il aurait à cela un véritable intérêt, et le créancier ne pourrait s'en plaindre, puisqu'il trouverait dans les biens présents de quoi se satisfaire [1].

On demande si le créancier pourrait se prévaloir de cette fausse déclaration que les biens du débiteur sont suffisants, pour réclamer une hypothèque sur les biens présents qu'il découvrirait avoir été libres au moment de la convention.

Il faut décider que non. Le créancier doit se contenter des biens qui lui ont été hypothéqués lors du contrat; c'était à lui à connaître la situation de celui avec lequel il a stipulé [2].

540. Notre article dit que les biens à venir demeurent affectés à mesure des acquisitions.

Dans l'ancienne jurisprudence française, où l'hypothèque conventionnelle embrassait toujours les biens présents et à venir à moins de stipulation contraire, c'était une question de savoir si les créanciers devaient venir par concurrence et être mis au même rang sur les biens à venir ou si chacun devait être payé selon l'ordre de son hypothèque.

L'opinion vulgaire était que les plus anciens devaient avoir la préférence. Mais Coquille, sur la coutume de Nivernais [3], s'élevait contre cet usage, et soutenait que l'hypothèque des biens à venir ne devait commencer que du moment où le débiteur était devenu propriétaire; que par conséquent, au moment de la naissance de cette hypothèque, tous les créanciers se trouvant en concurrence, par le ministère de la loi, pour acquérir cette hypothèque, et s'empêchant l'un l'autre par cette concurrence, chacun devait y avoir part à proportion de sa créance.

Basnage, embrassant au contraire l'opinion la plus suivie, soutenait que la nécessité d'être propriétaire au moment du contrat n'était exigée par les lois que pour l'hypothèque spéciale, mais qu'il n'en était pas ainsi pour l'hypothèque générale, et qu'en quelque temps que le débiteur devînt propriétaire de la chose, la préférence était accordée au plus ancien créancier [4].

La question doit être résolue sous le Code civil par d'autres règles. Toute hypothèque conventionnelle doit être inscrite, et il n'y a pas d'exception pour les hypothèques des

---

avoir hypothèque sur des biens à venir sans biens présents, en cas d'hypothèque conventionnelle, puisque l'article 2161 n'est fait que pour les hypothèques légales ou judiciaires, car il a soin d'énoncer lui-même dans sa disposition finale qu'il ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles. D'ailleurs ce même article appliqué, si l'on veut, aux hypothèques conventionnelles, devrait toujours être entendu des cas où, d'après l'art. 2130, l'hypothèque sur biens à venir serait permise. C'est donc encore une fois la question par la question.

La raison d'analogie tirée du Code des Pays-Bas (que Troplong appelle mal à propos le Code hollandais, soit dit en passant, puisque sa rédaction est l'ouvrage définitif d'une commission mixte de Hollandais et de Belges pendant la réunion, et que, dans le titre des hypothèques surtout, l'influence de ces derniers a prédominé pour le système adopté, circonstance que nous sommes à même de connaître beaucoup mieux que l'auteur de la *Revue étrangère* cité par Troplong, attendu que nous nous sommes livré personnellement à un laborieux examen des Codes des Pays-Bas, pendant et après leur formation), cette raison, disons-nous, ne signifie rien. Car si le Code des Pays-Bas contenait une disposition expresse, très-superflue à notre avis, par laquelle un débiteur qui s'était engagé à fournir hypothèque à son créancier, pouvait être contraint à remplir cette obligation, sur les biens qu'il aurait acquis après son engagement, la même obligation existe sous le Code civil, quoiqu'il ne s'en explique pas par une disposition spéciale. Car enfin une obligation de fournir hypothèque lie comme toute autre convention *ad factum*, sauf à régulariser la dation d'hypothèque, en termes d'exécution, conformément aux prescriptions de la loi sur l'hypothèque conventionnelle. Cette prétendue innovation du Code des Pays-Bas n'en est donc pas une, et elle ne peut aider en rien à la solution de la question agitée. Sirey rapporte un arrêt qui l'a ainsi décidé, du 25 mai 1816, t. 17, 2e part., p. 360. Duranton, t. 19, n° 375; Coulon, *Quest. de droit*, t. 2. p. 403, dial. 79; Zachariæ, t. 2, p. 36 (1), professent aussi une opinion contraire à celle émise ici par Troplong. *Voy.* au surplus la note sur le n° 515, *supra*.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Cette opinion contrarie le principe que nul ne peut exciper de son dol personnel pour faire rétracter l'obligation qu'il a contractée, sous prétexte de nullité. Quelque intérêt que puisse avoir le débiteur, il est tenu de prester et faire valoir ce à quoi il s'est engagé. L'art. 2161 est obstatif à cette doctrine dans sa dernière disposition.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 912, col. 2. *Supra*, n° 515. Le Code hollandais (art. 1253) défend aussi au créancier d'exiger un supplément d'hypothèque.

[3] Tit. *des Rentes*, art. x, p. 140.

[4] *Hyp.*, chap. 5, p. 10, col. 2.

(1) Appuyés sur les arrêts des cours de Riom, en date du 25 nov. 1830; de Nancy, du 16 août 1831; de Lyon, du 12 déc. 1837; de Caen, du 4 avril 1842.

biens à venir. Mais à quelle époque l'inscription doit-elle se faire ? C'est évidemment lorsque l'hypothèque est acquise. Or, d'après notre article, elle n'est acquise qu'*à mesure des acquisitions;* ce en quoi elle diffère de l'hypothèque judiciaire sur les biens à venir, qui est acquise du jour du jugement [1]. C'est donc à mesure des acquisitions que les inscriptions doivent se prendre ; il faut en formaliser autant qu'il y a d'immeubles *successivement* acquis dans chaque bureau. Comment pourrait-on s'inscrire d'avance, puisque s'agissant de biens à venir, on ignore quels biens entreront dans le domaine du débiteur et où ils seront situés ?

Ceci posé, il devient clair que l'ordre de tous les créanciers ayant droit sur les biens à venir, doit dépendre de la date de leurs inscriptions [2].

540 *bis*. On a élevé la question de savoir si le débiteur qui se trouve dans le cas de l'art. 2130 peut hypothéquer les biens qu'il attend d'une succession. Cette difficulté s'est présentée devant la cour de Rouen dans une espèce où le débiteur, *ne possédant aucun immeuble*, avait hypothéqué expressément *les biens de la succession future de son oncle*. Le créancier avait pris l'inscription *longtemps avant la mort de ce dernier !*

La cour de Rouen (arrêt du 8 août 1820) a annulé l'hypothèque comme contenant un pacte sur une succession future, prohibé par les art. 791, 1130 du Code civil. Cette décision paraît devoir être approuvée, à raison des circonstances de la cause.

Mais si le débiteur eût hypothéqué en général ses biens à venir sans désigner nominativement ceux qu'il attendait de la succession de son oncle, il n'y aurait eu aucun inconvénient à ce que l'hypothèque vînt les frapper au moment de l'ouverture de la succession ; car notre article ne distingue pas entre les biens acquis par succession et les biens acquis à titre onéreux ; il n'y aurait pas eu de pacte sur une succession future [3]. Ainsi ceux qui voudront agir avec prudence devront s'abstenir de pareilles spécialisations [4].

540 *ter*. Quant au cas où le créancier peut obtenir réduction de l'hypothèque sur les biens à venir, voyez l'art. 2161.

ARTICLE 2131.

Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèques.

SOMMAIRE.

541. Objet de l'art. 2131. Par quel moyen il vient au secours du créancier dont les sûretés sont diminuées par force majeure.

542. A qui est l'option de rembourser ou de donner un supplément d'hypothèque ? Distinction.

543. Le supplément d'hypothèque n'a pas d'effet rétroac-

---

[1] *Supra*, n° 436, et *infra*, n° 691.

[2] Grenier, n° 62. — L'hypothèque conventionnelle sur biens présents et à venir ne frappe les biens à venir qu'au moment de son inscription sur chacun de ces biens, à la différence de l'hypothèque judiciaire, qui peut être exercée sur les biens à venir à la date de son inscription sur les biens présents. (Code civil, art. 2123, 2129 et 2130. Paris, 23 fév. 1833. Sirey, t. 33, 2e part., p. 209. *Sic*, Grenier, nos 62 et 193. *Contra*, Favard de Langlade, *Répert.*, t. 2, p. 738, dont l'opinion a été consacrée par un arrêt de la cour d'Angers, du 14 juillet 1842.)

L'hypothèque conventionnelle générale sur les biens à venir n'est valable que par des inscriptions successives au fur et à mesure des acquisitions par le débiteur. (Brux., cass., 5 juillet 1837. *Bull. de cass.*, 1837, p. 223.)

[3] Ce serait comme quand on stipule une communauté de *biens présents et à venir*.

[4] Pour preuve de mon opinion, je citerai ce passage emprunté à Bigot de Préameneu. « Ainsi, on ne pourrait » pas hypothéquer *spécialement* les biens d'une succes- » sion (à venir), mais il est juste que ces biens soient, » dès le temps d'une obligation non défendue par la loi, » affectés au payement dans le cas où ils écherront. » Locré, t. 8, p. 139.

tif au jour de la première convention. Il dérive d'une convention nouvelle.

544. Renvoi pour la connaissance des cas où la chose est censée avoir péri. Équité dans l'interprétation de l'art. 2131. Cas où il y a diminution de sûretés pour le créancier. Quand le créancier est forcé de recevoir son payement par partie, il peut demander le remboursement. Cette faculté s'applique-t-elle au cas d'hypothèque générale ?

COMMENTAIRE.

541. Dans l'article précédent, le législateur s'occupe du cas où les biens présents du débiteur sont insuffisants pour garantir la créance, et il permet d'hypothéquer les biens à venir au fur et à mesure des acquisitions.

Dans l'art. 2131, le législateur suppose que lors de la convention, le débiteur a eu des biens suffisants pour la garantie de ses créanciers hypothécaires; mais que cette garantie est devenue insuffisante, soit que les biens hypothéqués aient péri, soit qu'ils aient éprouvé des dégradations.

Dans ce cas, le loi pourvoit par deux moyens à la sûreté des créanciers.

Elle permet de poursuivre de suite le remboursement des sommes dues, et veut que, quoique les sûretés hypothécaires ne soient diminuées que par force majeure, néanmoins la dette devienne exigible.

Ou bien, les créanciers pourront exiger un supplément d'hypothèque, et, si le débiteur n'a pas de biens présents, se faire constituer une hypothèque sur les biens à venir, dans les termes de l'art. 2130. Car ce dernier article devient tout à fait applicable [1].

L'insuffisance provenant de la perte ou du dépérissement doit être constatée soit par le consentement des parties, soit par un jugement, soit par une expertise [2].

542. A qui appartient l'option de rembourser ou de donner un supplément d'hypothèque? Il faut distinguer les cas : ou les sûretés hypothécaires ont été diminuées par le fait du débiteur, et alors, d'après l'article 1188 du Code civil, la somme devient sur-le-champ exigible. Le créancier est en droit d'en demander le payement, et ce ne peut être que par le fait de sa bonne volonté qu'il se contentera d'un supplément d'hypothèque [3].

Ou bien les détériorations ont eu lieu par force majeure, et alors l'option de payer ou de donner supplément d'hypothèque appartient au débiteur, d'après les principes généraux. Le créancier doit se borner à conclure au remboursement, si mieux n'aime le débiteur lui donner un supplément d'hypothèque capable de lui servir de garantie. Mais l'on sent que le débiteur ne serait pas écouté si, pour échapper à la demande en remboursement, il offrait de donner hypothèque sur des biens à venir ; car ce serait donner au créancier des espérances le plus souvent illusoires.

543. Le supplément d'hypothèque donné au créancier ne remonte pas au jour de la première convention; il date de la nouvelle ou du jugement qui l'accorde. Il doit être suivi d'une inscription [4].

544. Quant au cas où la chose hypothéquée est censée avoir péri, voir n[os] 109 et 889.

Remarquez du reste que notre article doit

---

[1] Il faut cependant remarquer que dans le cas où, pour éviter le remboursement, le débiteur opte pour un supplément d'hypothèque, il ne peut pas, malgré le créancier, offrir le supplément en immeubles à venir. Le créancier ne peut être tenu d'accepter en supplément que des immeubles suffisants. Il n'y a rien de suffisant dans l'avenir qui reste incertain.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[2] L'art. 2131, Code civil, s'applique au cas d'une hypothèque légale qui a été restreinte, aussi bien qu'au cas d'une hypothèque conventionnelle. (Cour royale de Rouen, 6 juillet 1840. *Voy.* dans ce sens Grenier, *des Hyp.*, n° 268; Delvincourt, t. 3, p. 537; Duranton, t. 11, n° 59; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, v° *Réduction des hyp.*, n° 54.)

[3] Le débiteur d'une rente, en aliénant une partie des biens hypothéqués, n'est pas censé avoir diminué les sûretés promises par le contrat, de telle sorte qu'il y ait lieu à remboursement, lorsque les biens restants sont plus que suffisants pour répondre du capital de la rente, et que le produit des ventes a servi à diminuer les charges grevant les biens non aliénés qui sont le gage du créancier. (Liége, 5 mars 1842. *Sic*, Bruxelles, 28 juillet 1830.)

Le débiteur qui a consenti hypothèque générale sur ses biens présents et futurs pour garantie du payement d'une rente, et qui vend l'un d'eux, quoique non spécialement affecté, sans charger l'acquéreur du service de la rente, ni l'obliger à reconnaître l'hypothèque, diminue les sûretés du créancier, et est tenu au remboursement du capital. (Art. 1188, 1912, Code civil. Liége, 14 août 1841.)

[4] *Répert.*, v° *Hyp.*, p. 912, col. 2. Grenier, n° 64.

entendre avec équité. Il ne faudrait pas que le créancier prétextât des modifications peu importantes pour prétendre que son gage a été diminué. On peut consulter sur ce point de jurisprudence, qui dépend beaucoup des circonstances, différents arrêts rapportés par Dalloz au mot *Hypothèque*. Par exemple, on a jugé que, lorsque le débiteur aliène une portion des héritages hypothéqués, comme l'acquéreur peut purger en payant le prix de son acquisition et forcer le créancier à le recevoir, celui-ci a des motifs suffisants pour faire déclarer son débiteur déchu du bénéfice du terme, attendu qu'il se trouve contraint de recevoir son payement *par parties et que sa créance est morcelée* [1].

Ces arrêts sont allés plus loin en ce qu'ils ont déclaré le débiteur déchu du bénéfice du terme, *avant même que l'acquéreur eût purgé* [2]. Il n'y avait pas encore diminution des sûretés, il n'y avait que possibilité de diminution. Mais si les formalités pour purger avaient été remplies, il n'est pas douteux que le créancier ne fût en droit de demander son remboursement. « *Qui pignori » plures res accepit, non cogitur unam liberare » nisi accepto universo quantum debetur* [3].

Mais cette jurisprudence est-elle applicable au cas où il y a *hypothèque générale* et non *hypothèque spéciale?* Notre article ne concerne que les hypothèques spéciales. Mais ce n'est pas lui qui est la règle de la matière, c'est l'art. 1188 du Code civil. Or, peut-on dire, l'art. 1188 ne parle que de sûretés données *par contrat*, et l'hypothèque générale ne peut jamais résulter de *contrats*; elle ne résulte que de *lois* ou de *jugements*. Toutefois, cet argument est trop judaïque. Il est plus juste d'étendre l'art. 1188 au cas de *jugements*, puisqu'on contracte en jugement, et à tous les autres cas où il y a manque de sûretés. Mais il ne faudrait pas abuser de cette extension; car avec du rigorisme, on frapperait d'immobilité les biens d'un débiteur, et on ne lui permettrait pas d'aliéner la moindre portion de son patrimoine [4].

ARTICLE 2132.

L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte : si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu.

SOMMAIRE.

545. Motif de notre article.
546. On peut hypothéquer les créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées. Exemples de conventions contenant des obligations indéterminées. Le créancier doit en apprécier la valeur dans l'inscription.
547. Renvoi à ce qui a été dit aux nos 469 et suivants, sur les obligations conditionnelles.
548. Si le créancier donne une évaluation trop forte, le débiteur peut en demander la réduction.
549. Le créancier peut liquider, par des actes sous seing privé, la créance indéterminée. Renvoi.
550. L'évaluation qu'il donne dans le contrat à la créance indéterminée, est un quasi-contrat à l'égard des tiers. Il ne peut, en ce qui les concerne, prétendre qu'il lui est dû davantage. Mais il n'en est pas de même à l'égard du débiteur.

COMMENTAIRE.

545. Comme l'hypothèque a pour cause une somme d'argent dont elle est la garantie, il faut de toute nécessité que cette cause soit exactement exprimée dans l'acte. En

[1] Cass., rejet, 29 janvier 1840. Cass., rejet, 4 mai 1812. Poitiers, 11 juin 1819.
[2] Toullier, t. 3, no 667.
[3] L. 9, *de pignor. et hyp.* Arrêt de Paris du 11 février 1815. Dalloz, vo *Hyp.*, t. 17, p. 254.
[4] *Voy.* un arrêt d'Aix, 16 août 1811.

effet, c'est dans l'acte que doivent se trouver tous les éléments de l'inscription qui doit faire connaître aux tiers la position du débiteur avec lequel ils vont contracter. La loi a donc été conséquente avec elle-même, en exigeant que l'acte contînt une énonciation exacte des sommes pour la sûreté desquelles l'hypothèque a été consentie.

546. Notre article commence par dire que la somme doit être nécessairement *certaine* et *déterminée* par l'acte. Mais c'est aller trop loin. Car dans les conventions où il s'agit de sommes qui ne peuvent être fixées qu'éventuellement, ou de créances conditionnelles pour leur existence (telles que celles dont j'ai donné un exemple *supra*, n°s 476 et suiv.), le vœu du législateur, pris dans un sens général, serait impossible à remplir.

Aussi notre article se hâte-t-il de rectifier ce qu'il y a de trop absolu dans sa première partie, et de déclarer que l'hypothèque peut être consentie pour une créance conditionnelle pour son existence ou indéterminée dans sa valeur.

Dans ce cas, l'inscription ne peut être requise que jusqu'à concurrence d'une valeur estima... déclarée par le créancier (voy. l'art. 2163) [1].

« Ainsi, dit Merlin (*Rép.*, v° *Hyp.*), l'obli-
» gation indéterminée de l'ouvrier qui s'est
» engagé à faire un ouvrage, sera susceptible
» d'hypothèque conventionnelle; ainsi l'o-
» bligation subordonnée à l'événement d'une
» condition, même suspensive, celle par
» exemple du fournisseur qui s'engage à
» fournir des vivres à l'équipage d'un na-
» vire, s'il revient de son voyage actuel, est
» pareillement susceptible d'une hypothèque
» conventionnelle, seulement l'hypothèque
» suivra le sort de l'obligation principale;
» en telle sorte que, la condition venant à
» manquer, l'obligation et l'hypothèque s'é-
» vanouiront à la fois, et que, l'obligation
» incertaine venant à prendre dans la
» une détermination fixe, l'hypothè
» fixera à la même valeur. »

547. J'ai parlé aux n°s 468 *ter* et suiv
obligations à terme et des obligations
tionnelles et indéterminées auxquell
hypothèque conventionnelle peut se
jointe. J'invite à y recourir.

548. Après avoir dit que le créanci
déclarer par approximation la valeur
créance indéterminée qu'il veut faire
scrire, notre article ajoute que le dé
aura droit de faire réduire cette estim
s'il y a lieu (*infra*, n° 772).

A la vérité, cette réclamation s'opère
cessairement lorsque l'obligation, inc
dans son origine, vient à prendre
suite une détermination fixe, et qu'il
connu que l'évaluation a été portée
haut.

Mais pour cela il faut souvent att
des événements qui peuvent longtemps
ser planer sur la tête du débiteur l'idée
est redevable de sommes très-considéra
tandis qu'au fond ses dettes sont beau
moindres. Son crédit pourrait souffrir
état de choses. Il a donc intérêt à récl
et à faire réduire les évaluations exag
de son créancier.

549. Le créancier peut liquider la cré
indéterminée au moyen d'actes sous
privé, ainsi que je l'ai dit ci-dessus, n°
et suiv.; car la loi n'exige un acte au
tique que pour l'acte constitutif de l'h
thèque, et non pas pour ce qui n'est
chose qu'un règlement de compte.

550. Le créancier doit apporter beau
de soin à l'évaluation de la créance ind
minée qu'il fait inscrire. Car cette éva
tion devient définitive à son égard
les tiers qui ont postérieurement traité
le débiteur commun, et il ne peut l'aug
ter à leur préjudice. En effet, c'est une
pèce de quasi-contrat qui est intervenu

[1] L'évaluation que la loi exige impérativement, dans l'inscription des créances indéterminées ou éventuelles, pour la conservation des hypothèques conventionnelles, n'est point exigée à peine de nullité pour la conservation des hypothèques judiciaires. L'inscription prise sur les biens du notaire séquestre d'une faillite, en vertu de jugement qui le condamne à rendre compte, n'est point nulle, pour défaut d'évaluation du reliquat éventuel, que le créancier déclare *ne pouvoir fixer ni évaluer quant à présent*. (Rejet, 4 août 1825. Sirey, t. 26, 1re part., p. 122.)

L'hypothèque qu'un négociant consent en faveur de l'administration des accises, afin d'obtenir un crédit
manent, étant une hypothèque conventionnelle,
une créance indéterminée, l'administration doit, à
de nullité, déclarer, dans l'inscription, jusqu'à
valeur estimative elle entend exercer éventuellem
droits d'hypothèque.

En prenant inscription en vertu de l'hypothèque
ventionnelle, l'administration perd l'hypothèque
dont elle aurait pu se prévaloir en vertu de l'art. 2
la loi du 26 août 1822. (Brux., cass., 22 janvier
Bull., p. 550.)

tiers créanciers ont stipulé avec le débiteur dans la persuasion qu'il ne devait pas plus que ce qui était inscrit. On ne peut postérieurement tromper leurs espérances; c'est tant pis pour celui qui n'a pas pris ses précautions en évaluant à une somme suffisante [1].

Mais s'il en est ainsi à l'égard des tiers, à raison des principes de bonne foi qui doivent faire la base d'un système hypothécaire public, on ne doit pas porter la même décision à l'égard du débiteur lui-même; car une erreur en plus dans l'évaluation ne pouvant lui préjudicier, une erreur en moins ne peut, par réciprocité, faire tort à son créancier. La bonne foi serait offensée s'il voulait se prévaloir d'une faute de calcul ou d'une imprévoyance pour se soustraire à de légitimes obligations.

ARTICLE 2133.

L'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

SOMMAIRE.

551. L'hypothèque conventionnelle profite des améliorations et accroissements. De l'augmentation par alluvion. De l'usufruit consolidé avec la nue propriété. Des constructions faites sur le terrain hypothéqué. *Quid* des fruits? Renvoi.

552. Mais l'hypothèque ne s'étend pas aux acquisitions à titre gratuit ou onéreux que fait le débiteur pour augmenter la chose hypothéquée.

553. L'hypothèque s'étend aux augmentations provenant du droit d'accession, quelque importantes qu'elles soient.

553 *bis*. L'hypothèque sur l'usufruit ne s'étend pas à la nue propriété qui vient par la suite s'y réunir.

COMMENTAIRE.

551. L'hypothèque conventionnelle peut s'accroître indépendamment de la volonté des parties par le fait d'améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. En effet, l'hypothèque étant assise sur la chose, doit s'étendre avec elle et suivre ses modifications.

Tels étaient les principes du droit romain : ils sont écrits dans plusieurs lois du Digeste [2].

Ainsi, si un fonds vient être augmenté par alluvion, l'hypothèque s'attache à l'alluvion [3]. C'est là une *amélioration* de la chose principale [4].

Ainsi encore, si une hypothèque est donnée sur la nue propriété, et que l'usufruit vienne à se consolider, l'hypothèque embrasse l'usufruit comme la propriété; car l'usufruit est un accessoire du fonds [5].

« Quæ rebus obligatis accesserunt, dit » Voet [6], obligata censentur, veluti si quid » fundi oppignorato per alluvionem adjec» tum sit, aut proprietati, quæ pignori data » erat, ususfructus postea accreverit [7]. »

De même si un tiers détenteur bâtit une maison sur un terrain hypothéqué, la maison devient soumise à l'hypothèque [8].

Dalloz conteste cette vérité. La maison construite absorbe le sol, dit-il; elle forme la valeur principale : c'est une chose nouvelle qui a été créée. Dalloz voudrait donc qu'en cas de concours entre les créanciers

---

[1] *Infra*, n° 683. Grenier, n° 28. Merlin, v° *Inscript.* Arrêt de Liége du 24 août 1809.

[2] Pothier, *Pand.*, *de pignor. et hyp.*

[3] L. 16, Dig. *de pignor. et hyp.*

[4] Voy. *infra*, n° 837, le sens du mot *amélioration*, et n°s 889 et suiv.

[5] L. 18, § 1, Dig. *de pignor. et act.*

[6] Lib. 30, tit. 1, n° 4.

[7] Mais l'hypothèque consentie collectivement par l'usufruitier et le nu propriétaire, sans distinction entre l'usufruit et la nue propriété, conserve effet sur la nue propriété comme sur l'usufruit, même après annulation ultérieure, pour fraude, du contrat en vertu duquel possédait le nu propriétaire, lorsque l'usufruitier n'a pas cessé, par suite de cette annulation, d'avoir la propriété pleine et entière de l'immeuble hypothéqué. Art. 2118, 2124, Code civil. France, cass., 18 juillet 1842.)

[8] Grenier, n° 186.

inscrits sur le sol et les créanciers du tiers détenteur inscrits sur la maison, il se fît une ventilation, et que le prix du sol fût adjugé aux uns et le prix de l'édifice adjugé aux autres [1].

Cette opinion résiste à tous les principes sur le droit d'accession : « Domo pignori » data, dit Paul, et area ejus tenebitur; est » enim pars ejus. *Et contra, jus soli sequitur* » *ædificium* [2]. » Le jurisconsulte Marcianus n'est pas moins formel. « Si res hypo» thecæ data, postea mutata fuerit, æque » hypothecaria actio competit : veluti de » domo data hypothecæ et horto facta. *Item* » *si de loco convenit et* DOMUS FACTA SIT [3]. » Il est impossible d'adopter sous le Code civil une autre décision.

Mais observons que le tiers détenteur pourra répéter ses impenses et améliorations jusqu'à concurrence de la plus value [4]. Quant à la question de savoir s'il pourra user du droit de rétention pour être payé de cette plus value, je la traite ailleurs avec développement [5].

Dalloz prétend que notre article ne parle que des *améliorations*, et qu'il s'agit ici non d'amélioration, mais de la construction d'une chose nouvelle. Mais il se trompe sur le sens du mot *amélioration*. Il y a, comme le dit Loyseau [6], *de grosses améliorations* qui consistent en constructions et rebâtiments. Loyseau en cite pour exemple la loi *Paulus*, § 2, Dig. *de pignorib.*, où il est question d'une maison brûlée de manière qu'il n'en restait plus que le sol. L'acquéreur ayant fait rebâtir la maison à neuf, le jurisconsulte Paul décida que ceux qui avaient hypothèque sur la maison, *jus soli superficiem secutam videri.* » Eh bien! c'est cette construction que Loyseau appelle *grosse amélioration* [7]. D'ailleurs le mot *amélioration* est si large qu'on ne conçoit pas qu'il puisse recevoir le sens restrictif de Dalloz; et c'est ce qu'a très-bien aperçu le législateur hollandais, qui, pour faire cesser des subtilités contraires à l'esprit de la loi, a formulé ainsi la pensée de l'art. 2133 : « L'hypo» thèque, dit l'art. 1242, s'étend à toutes les » améliorations futures de l'immeuble grevé, » de même qu'à tout ce qui s'y unit par ac» cession ou édification [8]. »

Quoi qu'il en soit, je dois dire que mon opinion a été repoussée par un arrêt de Paris, 6 mars 1834, qui a fait triompher le système de Dalloz. Mais cet arrêt est motivé d'une manière si extraordinaire, qu'il me suffirait presque de le citer pour mettre la raison de mon côté.

« Considérant, en droit, que si, aux termes » de l'art. 2133 du Code civil, l'hypothèque » s'étend à toutes les améliorations surve» nues à l'immeuble hypothéqué, cet article » n'est pas applicable au cas où, comme » dans l'espèce, des maisons entières ont été » élevées sur un terrain entièrement nu; » que de telles constructions ne peuvent » être considérées *comme ayant le caractère* » *d'une amélioration*; qu'il est vrai de dire » qu'elles constituent *une chose tout autre* » que celle qui existait originairement;

» *Que les principes généraux du droit et les* » *règles de l'équité* s'opposent à ce que le pri» vilége du vendeur ait l'extension réclamée » par les intimés, etc. »

Invoquer les *principes généraux* lorsqu'on a contre soi et les décisions si nombreuses des jurisconsultes romains, et l'adage populaire *ædificium solo cedit*, résumé de tous les *principes* sur le droit d'accession, et l'article 552 qui les consacre de la manière la plus expresse; enfin l'autorité de tous les écrivains (Dalloz excepté) qui ont commenté les lois romaines et discuté les règles dont les art. 551 et suivants ne sont que l'écho, c'est là, ce me semble, une distraction un peu forte. J'avoue que je n'aurais pas cru que ce fût aux *principes généraux* qu'il fût prudent d'avoir recours dans le système de la cour royale de Paris.

Quant à l'équité, passe encore! chacun l'interprète à sa manière et peut lui faire dire ce qu'il veut. Toutefois me sera-t-il permis de faire observer que l'hypothèque est soumise à tant de chances, qu'elle est d'une conservation si difficile, qu'il n'y a certainement rien d'exorbitant à la faire

---

[1] Dalloz, *Hyp.*, t. 17, p. 138. En ce sens, arrêt de Bourges, *infra*, n° 689.

[2] L. 21, Dig. *de pignor. act.*

[3] L. 16, § 1, Dig. *de pignor. et hyp.*

[4] Art. 2175, *infra*.

[5] N° 836, et *supra*, n° 256.
Ni cette répétition ni cette rétention ne peuvent cependant avoir lieu au préjudice des hypothèques acquises. (*Note de l'éditeur belge.*)

[6] *Déguerp.*, liv. 6, chap. 8, n°s 9 et 10.

[7] Sur la différence entre les impenses et améliorations, voy. *infra*, n° 837.

[8] *Revue étrangère*, t. 1, p. 647.

participer en dédommagement aux accroissements dont l'immeuble est susceptible. C'est ce qu'a très-bien senti le Code hollandais, si sévère cependant en matière de spécialité. Et assurément il n'a pas cru s'éloigner en cela de l'équité, pas plus que les lois romaines, dont il reproduit les dispositions! D'ailleurs, que peut un sentiment d'équité sur lequel il y a si peu d'unanimité, contre le texte évident de la loi et contre l'opinion de tous les jurisconsultes?

Il n'y avait qu'une manière de colorer la décision à laquelle la cour royale voulait arriver, c'était de dire franchement que, par exception aux principes généraux (et non pas assurément en vertu des principes généraux), l'hypothèque ne doit pas s'étendre aux constructions qui s'élèvent sur l'immeuble et le modifient d'une manière notable, et que cette exception se puise dans le mot *amélioration* employé par l'article 2133, lequel exclut l'idée d'une addition qui dépasserait la valeur primitive de la chose hypothéquée; mais ces raisons, quoiqu'un peu plus spécieuses, que les précédentes, n'en sont pas moins diamétralement contraires à ce qu'il y a de plus certain en jurisprudence; car, pour admettre une telle interprétation, il faudrait oublier le sens que le mot *amélioration* a toujours eu dans la langue juridique, il faudrait se faire à soi-même un idiome à part, et substituer les écarts de son imagination à la véritable pensée que contient une expression claire jusqu'à ce jour pour tout le monde. J'ouvre en effet les auteurs, et voici ce que j'y lis :

« MELIORATIONES autem, dit Garcias, quæ » fiunt a prælatis, sive utiles, *ædificando de* » *novo* in prædiis ecclesiæ, vel reficiendo, » vel plantando, vel quid aliud faciendo, » hæc omnia ad Ecclesiam pertinent [1].

« On appelle améliorations, ajoute le » nouveau Denizart, v° *Amélioration*, les dé» penses qui *augmentent la valeur et le prix* » *du fonds*... On dit qu'on améliore un héri» tage QUAND ON Y A BATI UNE MAISON! »

Et c'est ainsi que l'entend Proudhon :

« Construire un édifice sur un sol vide, » c'est changer la surface du terrain, *mais* » *aussi c'est ordinairement faire une amélio*» *ration* [2]. »

Mais peut-être m'objectera-t-on (car il faut tout prévoir) que ces auteurs n'ont pas entendu parler de ces constructions nouvelles qui dépassent en valeur le sol sur lequel elles sont placées. Eh bien! écoutons Dumoulin, qui connaissait, je crois, la valeur des mots :

« Quæro utrum vassalus nedum perdat » feudum sibi concessum sed etiam aug» menta et *melioramenta?* Quid enim SI IN » VILI FUNDO *ædificavit* CASTRUM VEL INSIGNEM » DOMUM? Dico quod omnia quæ sunt de sub» stantia feudi... committuntur. *Omnia inæ*» *dificata* ET QUÆCUMQUE *solo* cedunt [3]. »

Comment, d'ailleurs, pourrait-il en être autrement? Ne serait-il pas, en effet, absurde au premier chef de soutenir que, parce que l'impense est très-considérable, elle n'est pas une amélioration? N'est-il pas évident que plus les constructions qui s'ajoutent à la chose ont de l'importance, plus l'amélioration est caractérisée, éclatante et indubitable?

Qu'on réunisse maintenant ces autorités à celle de Loyseau, que j'ai cité au commencement de ce numéro, et qu'on me dise si la cour royale de Paris n'a pas innové de la manière la plus malheureuse en donnant au mot *amélioration* l'acception restreinte qui fait la base de son arrêt!

Mais, dit-elle, ces constructions constituent tout autre chose que ce qui existait auparavant. *Tout autre chose!* Prenons-y garde, c'est aller beaucoup trop loin. Le sol a sans doute subi une modification, un changement; mais ce n'est pas un de ces changements qui font de la chose un être absolument nouveau, sans quoi il faudrait dire que l'hypothèque s'est effacée du sol lui-même [4]. La modification ne consiste que dans une addition qui change la surface et augmente la valeur. Mais depuis quand un tel changement a-t-il été un obstacle à l'extension de l'hypothèque? *Si res hypothecæ data, postea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit.* Je rappelle les termes de la loi romaine.

A entendre la cour de Paris, la construction d'une maison sur un sol vide devrait être assimilée au fait de celui qui ajoute une pièce de terre à une pièce de terre qu'il possédait déjà. Et Dalloz qui soutient le bien jugé de

---

[1] Dans son traité *De expensis et meliorationibus*, cap. XI, n° 71, p. 297.

[2] Proudhon, *Usufruit*, n° 1122.

[3] T. 1, n° 116. *Junge* Pothier, *des Fiefs*.

[4] *Infra*, n° 889.

l'arrêt que je combats, n'a pas manqué d'insister sur cette comparaison. Mais c'est confondre deux choses bien distinctes. Les deux pièces de terre ont une existence séparée : elles forment deux corps distincts qu'aucun lien juridique n'unit l'un à l'autre. Au contraire, la maison est incorporée au sol et suit sa condition par la puissance du droit d'accession. Et c'est ce qu'a très-bien fait ressortir Pothier : « La commise s'étend-elle » aux alluvions unies, aux terrains donnés en » fief et *aux édifices qui auraient été construits* » *par le vassal?* Oui, suivant notre principe; » car ces alluvions, ces édifices *solo cedunt*, » ils en *font partie* JURE ACCESSIONIS ; ils suivent la nature et qualité de fief qu'avait » le terrain auquel il sont unis, suivant la » règle *accessorium sequitur naturam rei principalis*. Ils sont donc fiefs et font partie du » fief [1]. » On a vu tout à l'heure Dumoulin tenir le même langage et c'est celui du bon sens le plus vulgaire, à moins qu'on ne veuille répudier tous les principes sur les droits d'accession.

Dalloz m'oppose la discussion qui a eu lieu au conseil d'État sur la question de l'alluvion, que je traiterai tout à l'heure. Mais loin de récuser cette autorité, je l'accepte tout entière, car elle met le dernier trait à ma démonstration.

Voici, en effet, ce que disait Tronchet; « Diverses dispositions du Code civil déterminent ce qu'il faut considérer comme » accessoires, de la chose principale. Ces *accessoires s'identifiant avec la chose, deviennent ainsi passibles de toutes les charges dont* » *elle est grevée* [2]. »

Et sur cette observation, l'art. 2133 fut adopté tel qu'il était, malgré quelques réflexions proposées par un conseiller d'État qui ne le trouvait pas assez explicite.

Ainsi, c'est par les principes sur le droit d'accession que doivent être jugées toutes les questions qui se rattachent à l'interprétation de notre article. Le vœu de la loi est bien formel; Tronchet l'a hautement exprimé. Eh bien! c'est ce que je n'ai cessé de soutenir avant comme depuis l'arrêt de la cour de Paris; c'est ce qui fait toute la force de mon opinion, en la rattachant à la fois aux lois romaines et au Code civil. Dès lors, je puis conclure avec assurance que la décision de la cour de Paris contient la violation la plus flagrante des principes généraux, et qu'elle n'est pas destinée à faire jurisprudence [3].

A l'égard des fruits, qui sont un accessoire de la chose, voy. ce que j'ai dit *supra*, n° 404.

552. Ce qui vient d'être dit des améliorations et augmentations résultant du droit d'accroissement, ne doit pas être étendu aux *augmentations de consistance*, qui sont le fait du débiteur, lorsque, par exemple il achète des terrains limitrophes pour arrondir le sien. Il est clair, dans ce cas, que les nouvelles acquisitions ne sont pas soumises à l'hypothèque [4].

553. Il est possible que les accroissements provenant d'alluvion soient tellement considérables, qu'ils finissent par être d'une importance bien supérieure à l'objet primitivement hypothéqué. On demande si dans ce cas l'hypothèque devra s'étendre aux accroissements.

Il n'y a pas de raison dans la loi pour se décider contre l'extension de l'hypothèque. On voit cependant dans les discussions du Code civil [5], que la question souleva quelques difficultés au conseil d'État, mais Tronchet fit observer que le Code civil a déterminé dans diverses dispositions ce qu'il faut considérer comme accessoires de la chose principale, et que ces accessoires, s'identifiant avec la chose, deviennent ainsi passibles de toutes les charges dont elle est grevée. Cette réflexion fit taire toutes les controverses, et l'art. 2133 passa sous l'influence de cette explication. On voit qu'elle rentre dans les principes généraux [6]. Elle servira à résoudre les questions analogues qui pourraient s'élever à l'occasion d'augmentations de contenance provenant des causes diverses d'accession exposées par les art. 556 et suivants du Code civil.

553 *bis*. Si un droit d'hypothèque est constitué sur un usufruit, s'étend-il à la nue propriété alors que l'usufruit et la nue

[1] Pothier, *des Fiefs*, *loc. cit.*
[2] Locré, t. 8, p. 205.
[3] Je reviens sur cette question au n° 889 *bis*. On peut consulter aussi un arrêt de la cour de cassation du 11 avril 1833, rendu dans une espèce où des machines avaient été ajoutées à un établissement industriel. Cet arrêt fortifie notre manière de voir.

[4] Grenier, n° 148. Persil, art. 2133, n° 6. Voy. mon *Comm. de la vente*, n° 768.
[5] Locré, t. 8, p. 205.
[6] Grenier, n° 148.

propriété se réunissent et se consolident? Grenier résout avec raison cette question pour la négative. L'usufruit et la nue propriété sont deux droits distincts, deux portions d'une même chose. Si étant propriétaire de la moitié du fonds Cornélien, j'hypothèque cette moitié, et que par la suite je me rende acquéreur de l'autre portion, l'hypothèque ne viendra pas s'y asseoir sans convention nouvelle. Il y a même raison lorsque la nue propriété se réunit à l'usufruit. Les choses restent ce qu'elles étaient lors de la séparation [1] — [2].

SECTION IV.

DU RANG QUE LES HYPOTHÈQUES ONT ENTRE ELLES.

ARTICLE 2134.

Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrite par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant.

SOMMAIRE.

554. Le rang des hypothèques s'établit par l'inscription.
555. Signes qui annonçaient les hypothèques chez les Grecs. Mais ce n'était pas pour établir un système de publicité.
556. *Quid* à Rome? Imitation des signes usités en Grèce.
557. L'hypothèque n'y fut pas publique. Preuves à cet égard.
558. De droit commun, l'hypothèque était occulte en France.
559. Excepté dans les pays de nantissement. Mais il y avait quelques lacunes dans ce système de publicité.
560. Piéges qui résultaient du système occulte adopté en France. Reproches de Loyseau contre ce système.
561. Tentatives infructueuses de Henri III et de Louis XIV, pour rendre l'hypothèque publique.
562. Singulier argument de Basnage contre l'édit de Colbert de 1673. Mauvaises raisons de d'Aguesseau contre la publicité des hypothèques.
563. Édit de 1771. Il avait l'avantage d'ouvrir des moyens faciles de purger. Mais il ne protégeait pas les créanciers, et laissait l'hypothèque occulte. Réclamations contre lui dans les pays de nantissement.
564. Destruction des formes du nantissement par l'abolition de la féodalité. La loi de 1790 les remplace par une transcription. La loi de l'an 3 rend l'hypothèque publique. Ses tentatives pour mobiliser le sol. Elle n'est pas exécutée.
564 *bis*. Loi de brumaire an 7. Plusieurs personnes la considèrent comme supérieure au Code civil.
565. Le Code civil a adopté la spécialité et la publicité, malgré des préjugés puissants encore répandus. Mais son système est imparfait. Dangers qu'il présente pour les créanciers et les acquéreurs.
566. L'inscription ne fait pas l'hypothèque. Elle lui donne le rang et le droit de suite.
567. Elle n'est pas requise à l'égard du débiteur.
568. Le défaut d'inscription peut être opposé par les

---

[1] Grenier, n° 146. Dalloz, v° *Hyp.*, t. 17, p. 139. — Lorsqu'un usufruit a été hypothéqué, le créancier doit-il ou peut-il, en cas de vente de l'immeuble pour un seul et même prix, sans distinction de l'usufruit et de la nue propriété, être colloqué sur une partie du prix représentant la valeur estimative de l'usufruit; ou n'a-t-il droit qu'aux intérêts de la totalité du prix, courus jusqu'au décès de l'usufruitier? *Rés. dans le premier sens par la cour royale* (20 mai 1831). (Code civil, art. 2166 et 2192. Paris, cass., 12 avril 1836. Sirey, t. 36, 1re part., p. 366.)

[2] *Jugé dans le même sens :* le créancier ayant hypothèque sur l'usufruit d'un immeuble a droit d'exiger, lorsque l'usufruit et la nue propriété de cet immeuble sont vendus conjointement et pour un seul et même prix, que ventilation soit faite de la valeur de l'usufruit et de la valeur de la nue propriété, et que la valeur de l'usufruit soit affectée spécialement au payement de sa créance selon son rang hypothécaire : le droit de ce créancier ne se borne pas à réclamer collocation sur les intérêts du prix total de la vente. (Code civil, art. 2192. Paris, 2 février 1832. Sirey, t. 32, 2e part., p. 301.)

chirographaires. Tous les créanciers sont tiers entre eux pour s'opposer à d'injustes préférences, et pour contester les rangs.

569. Le créancier peut opposer le défaut d'inscription quand même il aurait su qu'il y avait hypothèque stipulée.

569 *bis*. Toutes les hypothèques sont soumises à l'in… tion, excepté *certaines hypothèques légales*. –

570. Les formes de l'inscription sont déterminées… loi.

COMMENTAIRE [1].

554. De même que l'on a vu (*supra*, nº 364 *bis*) le rang des priviléges sur les immeubles s'établir par la date de l'inscription, de même nous voyons notre article faire dépendre la préférence des hypothèques de la priorité de l'inscription.

C'est la conséquence de la publicité qui est la base de notre régime hypothécaire, et dont nous allons voir les effets se développer successivement.

Mais avant d'aller plus loin, je dois faire connaître les divers systèmes qui, jusqu'au Code civil, ont prévalu sur la publicité des hypothèques.

555. Des monuments aussi anciens qu'authentiques prouvent que chez les Grecs l'hypothèque n'était pas dépourvue de manifestation publique; on faisait connaître qu'un héritage était hypothéqué au moyen de petites colonnes établies sur les héritages, et chargées d'inscriptions qui rappelaient les obligations contractées avec un premier créancier [2].

Mais je crois que ces signes, apposés par le créancier, avaient bien moins pour but de donner aux hypothèques une publicité salutaire, que de créer au profit de ce créancier une sorte de tradition symbolique destinée à remplacer la tradition réelle, à laquelle les anciens peuples ont toujours infiniment tenu.

556. A Rome, le droit honoraire établit [3] l'hypothèque, c'est-à-dire le gage sans dessaisissement, par imitation de ce qui se pratiquait dans la Grèce, à laquelle les Romains furent redevables de tant de choses d… lettres, dans les arts et dans les lois.

557. Mais l'hypothèque y fut-elle p… que? Cujas [4], Loyseau [5], Godefr… enseignent que les Romains adoptèr… l'exemple des Grecs, l'usage des sign… térieurs démonstratifs de l'hypothèq… Mais il ne paraît pas que cet usage se … chât en rien à un système d'hypothèq… ganisé sur la publicité. Dans les différ… lois où l'on s'occupe du rang des créan… hypothécaires, il n'est jamais parlé de l… fluence de ces signes publics sur la p… rence des créanciers entre eux. Ce n'… (autant qu'on peut en juger par les m… ments obscurs qui nous restent à cet é… qué des actes d'autorité privée, tenant … à la vanité qu'à la conservation des dr… et auxquels les empereurs mirent des b… par différentes lois; car c'était un suje… discorde et de voies de fait.

Je crois donc qu'on peut conclure a… confiance, qu'à aucune époque le syst… hypothécaire des Romains n'a reposé sur … véritable publicité [8], et c'est sans d… pour cela que nous voyons les acquér… d'héritages chercher à se garantir des é… tions que pouvaient leur faire craindre … hypothèques occultes, par les sûretés l… plus fortes, et particulièrement par des c… tions qu'on appelait *auctores secundi* [9]. O… sait qu'il était tellement d'usage dans les co… trats de vente de donner des fidéjusseurs p… les cas d'évictions, qu'au rapport de Paul, l… vulgaire s'imaginait que les cautions étai…

---

[1] Tout le commentaire sur cet article offre, dans un cadre resserré, l'historique complet et très-intéressant des divers états de la jurisprudence et de la législation, sur l'hypothèque occulte et l'hypothèque publique. (*Note de l'éditeur belge*.)

[2] Loyseau, *Déguerp*., liv. 3, chap. 1, nº 21. Barthélemy, *Anacharsis*, chap. 59, t. 5, p. 1 et 2.

[3] Janus à Costa, *Inst. de act*., § 7. Pothier, *Pand*., t. 1, p. 561, nº 28. Loyseau, *Déguerp*., liv. 3, chap. 2, nº 1. L. 1, Dig. *de pignor. act*. Le droit d'hypothèque n'était pas connu à Rome avant cette innovation du préteur. Car, suivant Niebuhr, il était inconciliable avec le droit de propriété des Quirites, comme avec la simpl… possession (*Hist. rom*., t. 2, de la traduction français…, p. 385, note 506).

[4] *Observ*., lib. 16, c. 12.

[5] *Déguerp*., liv. 3, chap. 1, nº 25.

[6] Sur la loi 21, § 2, Dig. *quod vi aut clam*.

[7] Voici les sources : L. 20, Dig. *de injuriis*. L. 2… § 2, Dig. *quod vi aut clam*, et le titre du Code *ut nemini liceat*, etc.

[8] Dalloz dit le contraire, mais sans preuves, vº *Hyp*., p. 19.

[9] L. 4, Dig. *de evict*.

une condition nécessaire de la vente [1].

C'est aussi pour prévenir les fraudes des débiteurs, qui, profitant du secret de leurs engagements, auraient pu donner des hypothèques sur des biens déjà chargés d'hypothèques antérieures, au delà de leur valeur, qu'on établit les peines les plus sévères contre le stellionat, c'est-à-dire contre le délit de celui qui, en contractant avec un tiers au sujet d'un immeuble, ne lui faisait pas connaître les hypothèques établies sur cet immeuble [2].

Celui qui se rendait coupable de ce crime était condamné à travailler aux mines, et l'homme en place était ou relégué pour un temps, ou dégradé [3]. On ne pouvait échapper à cette peine, qu'en restituant au créancier qu'on avait trompé la somme qu'on lui avait empruntée. Quiconque était condamné pour stellionat était par cela même infâme [4].

Ces rigueurs devaient être un frein contre la mauvaise foi. Mais elles prouvent que l'hypothèque était loin de reposer à Rome sur la publicité, et qu'on avait cherché à suppléer aux inconvénients des hypothèques occultes par ces moyens spéciaux et des précautions extraordinaires.

558. En France comme à Rome, l'hypothèque était occulte de droit commun.

Cependant il y avait quelques provinces où l'on avait pris de sages précautions pour prévenir par la publicité les ruses des débiteurs, et pour éclairer les créanciers sur la situation de ceux à qui ils prêtaient.

559. Dans les coutumes de Laon, Reims, Ribemont, Montreuil, Chauny, Ponthieu, Boulonais, Péronne, Roye, etc., il était de principe qu'une créance ne pouvait acquérir d'hypothèque que par le *nantissement*.

La nantissement s'effectuait, en faisant inscrire la créance sur un registre public, afin d'avoir hypothèque sur les biens du débiteur, du jour de l'inscription. Il arrivait de là que l'héritage servant de nantissement ne pouvait plus être engagé ni aliéné au préjudice du créancier, qui était préféré à tous ceux qui n'avaient pas pris la même précaution, ou qui l'avaient prise postérieurement [5].

La formalité du nantissement avait, comme l'on voit, de grands avantages, puisque par son moyen le créancier, avant que de prêter son argent, pouvait consulter le registre des nantissements que le greffier tenait dans chaque justice royale et seigneuriale, et s'éclairer sur l'étendue des hypothèques que le débiteur avait déjà créées sur son immeuble.

Mais suivant Lamoignon, le nantissement ne remplissait son but qu'imparfaitement, d'abord parce qu'il était embarrassé de formalités minutieuses et extraordinaires, surtout dans quelques coutumes de Picardie, en second lieu, parce qu'il ne garantissait pas des hypothèques tacites des mineurs, ni de celles des femmes mariées; et comme on donnait au remploi des propres aliénés et à l'indemnité des dettes auxquelles la femme avait concouru, le privilége de l'hypothèque légale *du jour du contrat de mariage*, l'inscription sur le registre de nantissement était souvent inutile, attendu que les obligations qui pouvaient être faites par le mari et la femme conjointement n'avaient pas de bornes.

D'ailleurs, depuis l'ordonnance de Moulins, qui attribuait aux jugements une hypothèque générale, on préférait contracter par voie d'obligations sous seing privé qu'on faisait reconnaître en justice trois jours après; par ce moyen, on avait une hypothèque générale judiciaire, d'autant plus commode, qu'on n'était pas obligé de l'inscrire sur le registre des nantissements, et qu'on se trouvait dispensé de formalités gênantes; en sorte que Lamoignon assure que, de son temps, l'usage des nantissements était fort affaibli [6].

560. Dans le reste de la France, l'hypothèque était occulte, et dépendait seulement de la date des contrats authentiques; un débiteur de mauvaise foi pouvait tromper ses créanciers sur sa position, accumuler sur ses biens une masse d'hypothèques supérieures à sa fortune, et tendre des piéges aux prê-

[1] L. 36, Dig. *de evict.* Loyseau, *Déguerp.*, liv. 3, chap. 1, nº 17.

[2] L. 3, § 1, Dig. *de stellion.* L. 4, C. *de crim. stellion.*

[3] L. 3, § 2, Dig. *de stellion.*

[4] L. 1, C. *de crim. stellion.* Lamoignon, t. 2, p. 101. Basnage, chap. 1.

[5] Lamoignon, *Arrêtés*, t. 2, p. 103, note 1. Loyseau, liv. 3, chap. 1, nº 33. *Répert.*, vis *Devoirs de loi* et *Nantissement*.

[6] Mais ceci me paraît exagéré. *Voy.* les observations du parlement de Flandre, dans le discours de Treilhard, Locré, t. 8, p. 237, et *infra*, nº 863.

teurs de fonds par les apparences d'un crédit imaginaire.

Loyseau s'élevait avec force contre cet état de choses, qu'il considérait comme une source d'abus et de désordres.

« Mais l'inconvénient est grand, disait-il, » à l'égard d'un tiers acquéreur de bonne » foi qui, pensant être assuré de ce qu'on » lui vend et qu'on met en sa possession, » sachant bien qu'il appartenait à son ven» deur, s'en voit enfin évincé et privé par » un malheur inévitable, au moyen des hy» pothèques précédentes, lesquelles étant » constituées secrètement, il ne lui était » pas possible de les savoir ni de les décou» vrir [1]. »

561. Différentes tentatives furent faites pour remédier à ces inconvénients.

Henri III, par un édit de 1581, avait voulu établir dans toute la France un droit pareil à celui qui était en vigueur dans les coutumes de nantissement. Mais cet édit fut révoqué en 1588 [2].

En 1673, Louis XIV fit publier un édit qui rendait les hypothèques publiques; à cet effet, il établissait des greffes d'enregistrement, dans lesquels ceux qui auraient des hypothèques pourraient former et faire enregistrer leurs oppositions; ces enregistrements les faisaient préférer à ceux qui négligeaient cette formalité. Néanmoins, le trésor public, les mineurs et les femmes mariées furent dispensés de l'enregistrement des oppositions.

Mais cette grande innovation, conçue par le génie de Colbert, ne put résister aux préjugés du temps. L'édit de 1673 fut révoqué en avril 1674; car, dit le roi dans les motifs de son édit de révocation, « *les règlements* » *les plus utiles ont leurs difficultés dans leurs* » *premiers établissements.* »

L'édit de 1673 est curieux à méditer, aujourd'hui que nous marchons sous l'empire d'influences différentes. On y trouvera le germe d'un grand nombre de dispositions du Code civil.

562. Mais il n'est pas moins curieux de voir les jugements dont il fut l'objet avant que les esprits se fussent accoutumés à la publicité des hypothèques.

Basnage en parle avec une sorte de dédain, et l'on voit que cet auteur n'en avait compris ni le dessein ni les résultats : « Aussi » l'a-t-on toujours considéré comme édit » bursal, et la seule utilité que l'on en tire » ne consiste qu'à découvrir quelquefois une » fausseté, ou pour empêcher qu'elle ne se » commette aisément [3]. » Je prie de faire attention à ces dernières expressions de Basnage : comment cet écrivain ne voit-il pas qu'un *édit qui empêchait les faussetés de se commettre aisément*, était précisément ce que demandaient tous les jurisconsultes, et ce que cherchaient les meilleurs esprits politiques? Mais Basnage ne sera jamais pour ceux qui l'ont lu attentivement qu'un auteur fort médiocre manquant non-seulement d'ordre et de clarté, mais encore d'un vrai savoir et d'un discernement exact [4].

D'Aguesseau ne fut jamais partisan ni de l'édit de 1673, ni de la publicité des hypothèques. Son opinion est fondée sur les motifs d'une politique assez étroite, et sur des préjugés aujourd'hui décriés. Il croyait que la publicité des hypothèques tuait le crédit des particuliers, en permettant des investigations curieuses dans le secret des familles, en découvrant des plaies que le temps eût guéries, et que le grand jour rendait incurables, en faisant disparaître pour toujours ces heureuses occasions qui permettent à l'un de rétablir son commerce par une opération habile, à l'autre de faire un mariage avantageux qui le met à même de payer les dettes de sa maison, etc.

Cependant d'autres jurisconsultes estimés appelaient de tous leurs vœux cette publicité dont nous sentons aujourd'hui les avantages, et luttaient contre les opinions de leur siècle. Tel fut d'Héricourt [5] : il désirait que les coutumes de nantissement fussent adoptées dans toute la France, et il sollicitait le rétablissement de l'édit de 1673.

563. L'édit de juin 1771 eut pour but de le faire revivre en partie : c'est ce que déclare le roi dans le préambule : « Nous nous » sommes déterminé, dit-il, à faire revivre » un projet aussi utile, en lui donnant une » forme nouvelle, qui pût en rendre l'exé-

[1] *De l'action hyp.*, liv. 3, no 16.
[2] Basnage, chap. 1, *Hyp.*
[3] *Hyp.*, chap. 1.
[4] Cette absurdité de Basnage n'a pas empêché Bigot de Préameneu de s'appuyer de son opinion pour prétendre que l'édit de Colbert n'était que bursal. Locré, t. 8, p. 206.
[5] *Vente des immeubles*, chap. 2, sect. 3, no 8, chap. 14, no 7.

» cution plus facile, plus assurée et d'un » avantage général. »

Cet édit fit disparaître les décrets volontaires, qui souvent absorbaient le prix des immeubles. (Préambule de l'édit.) Lorsqu'un acquéreur craignait de n'avoir pas ses sûretés, et voulait purger les hypothèques des biens par lui acquis, il stipulait ordinairement qu'il pourrait faire un décret volontaire, et qu'il ne serait tenu de payer le prix de l'acquisition qu'après que le décret aurait été scellé sans aucune opposition.

Pour parvenir à ce décret volontaire, on passait un obligation en brevet d'une somme exigible au profit d'un tiers qui en donnait à l'instant une contre-lettre : en vertu de cette obligation, celui qui en paraissait créancier faisait saisir réellement le bien dont il s'agissait, et en poursuivait la vente par décret. Les formalités de décret étaient les mêmes que celles du décret forcé; si ce n'est que quand le décret volontaire se poursuivait sur l'acquéreur, on devait marquer dans la procédure quel était le vendeur afin que ses créanciers fussent avertis de former leur opposition [1].

Ces formalités *longues et de grand coût*, comme dit Loyseau [2], avaient été imaginées dans l'absence d'une bonne législation hypothécaire, pour veiller aux droits et à la tranquillité des acquéreurs, et pour que les vendeurs pussent recevoir le prix de leur bien.

L'édit de Louis XV substitua à la formalité des décrets volontaires, celle des lettres de ratification qui purgeaient les immeubles des hypothèques dont ils étaient grevés. L'acquéreur exposait publiquement son titre d'acquisition. Les créanciers du vendeur devaient se faire connaître, et former opposition aux lettres de ratification (art. 8 et 9). Ils pouvaient requérir la surenchère pour éviter les fraudes. Ils étaient payés sur le prix par ordre de leurs priviléges et hypothèques. S'il n'y avait pas d'opposition dans le délai fixé, les lettres de ratification étaient scellées purement et simplement, et l'immeuble purgé. On n'exceptait pas même de l'obligation de former des oppositions, les femmes, les mineurs et interdits, pour leur hypothèque légale (art. 17) (*infra*, nos 892 et 996).

Mais, comme le remarque Grenier [3], cet édit n'atteignait encore qu'une partie du but. Il laissait l'hypothèque occulte; les prêteurs ne se connaissaient pour la première fois qu'à l'ordre, et c'était seulement alors que plusieurs acquéraient la fâcheuse certitude qu'ils avaient été victimes d'une fausse sécurité, et qu'ils avaient prêté sans espoir d'être remboursés.

Aussi cet édit excita-t-il des réclamations générales dans les pays de nantissement, que l'art. 35 avait voulu priver de l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque et préférence.

Dans ses remontrances, le parlement de Flandre disait « qu'il fallait considérer la » publicité des hypothèques comme le chef-» d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, » l'appui et la sûreté des propriétés, comme » un droit fondamental dont l'usage avait » produit dans tous les temps les plus heu-» reux effets, et avait établi autant de con-» fiance que de facilité dans les affaires que » les peuples belges traitent entre eux [4]. »

Tel fut l'état des choses jusqu'à la révolution.

564. Les formes du nantissement furent abrogées par les lois destructives de la féodalité; car plusieurs de ces formes étaient empruntées au régime féodal. La loi du 27 septembre 1790 les remplaça par la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque. Cette transcription se faisait au greffe des tribunaux.

La loi du 9 messidor an 3 fut la première qui établit la publicité de l'hypothèque. Elle voulut que tout titre conférant hypothèque fût inscrit chez le conservateur.

L'hypothèque était acquise du jour du contrat s'il y avait inscription dans le mois; passé ce délai, l'hypothèque ne prenait plus rang que du jour de son inscription. Cette idée de l'inscription est à peu près la seule chose qui soit restée de cette loi, trop empreinte dans ses autres parties de l'esprit d'une faction qui voulait révolutionner la propriété. Par exemple, on avait imaginé de créer ce qu'on appelait du nom bizarre d'*hypothèque sur soi-même* (art. 36) [5]. Le propriétaire faisait la déclaration de ses biens au conservateur des hypothèques : l'estimation en était déterminée par une expertise

[1] *Répert.*, vo *Décret d'immeubles*.
[2] *Act. hyp.*, liv. 3, chap. 1, no 9.
[3] *Disc. prélim.*, et Treilhard, t. 8, p. 238.
[4] Disc. de Treilhard, *loc. cit.*
[5] *Voy.* mon *Comm. de la vente*, no 906. Je donne de nouveaux aperçus sur les inconvénients de cette loi.

faite contradictoirement avec le conservateur, qui était garant envers les tiers de leur valeur capitale. Le conservateur délivrait au propriétaire des *cédules hypothécaires* en autant de coupons qu'il désirait, et jusqu'à concurrence des trois quarts du prix vénal des biens déclarés, y compris le montant des hypothèques dont ils étaient déjà grevés. Ces cédules hypothécaires étaient transmissibles par voie d'*endossement à ordre;* elles formaient titre exécutoire contre le souscripteur au profit de celui à l'ordre duquel elles étaient passées. Ainsi le sol se trouvait mobilisé, mis en portefeuille, et livré, comme je l'ai dit dans mon *Commentaire de la vente,* à toutes les chances du jeu et de l'agiotage. Cette idée n'eut pas de faveur, et la loi du 9 messidor ne fut pas même mise à exécution. On voit combien les théories de ceux qui gouvernaient alors étaient en harmonie avec les opinions et les intérêts de la nation! Peut-être y-a-t-il aujourd'hui quelque secte philosophique qui regrette ce système destructif de la propriété foncière [1]. Tout ce que je puis en dire, c'est que je le trouve radicalement impraticable et profondément antipathique aux besoins que la sagesse du législateur doit spécialement protéger.

564 *bis*. La loi du 11 brumaire an 7 fut vraiment créatrice d'un bon système hypothécaire en France, et beaucoup d'excellents esprits pensent que le Code civil est loin de l'avoir dignement remplacée; elle fut établie sur trois principes fondamentaux; la spécialité de l'hypothèque, sa publicité par l'inscription, et la nécessité de la transcription pour la transmission de la propriété. Son système est au surplus encore trop près de nous, pour que j'ajoute quelque chose à ce que j'en ai dit dans la préface de cet ouvrage.

565. C'est avec raison que le Code civil a voulu [2] que la publicité présidât aux transactions hypothécaires; le crédit des particuliers, comme celui des États, s'entretient par la confiance. Le crédit, a dit très-bien l'abbé Maury, est *l'usage de la puissance d'autrui.* Cet auxiliaire manquerait aujourd'hui à celui qui voudrait envelopper ses affaires de secrets et de ténèbres, et qui ne jouerait pas *cartes sur table.*

Mais le Code civil a-t-il complétement rempli les espérances des partisans de la publicité: J'ai examiné cette question dans la préface de cet ouvrage. On voudra bien y recourir.

566. L'inscription est, d'après notre article, l'instrument, le véhicule de la publicité, mais elle ne fait pas l'hypothèque, elle la met seulement en action. On peut appliquer ici les réflexions que j'ai faites ci-dessus, n° 266, sur l'inscription des priviléges.

L'effet de l'inscription est de déterminer le rang des hypothèques *entre créanciers.* Peu importe l'époque des contrats portant constitution d'hypothèque. L'hypothèque est inerte tant que l'inscription ne la fait pas connaître. Les créanciers ne doivent en tenir compte *entre eux* que suivant les dates de l'émission des inscriptions. Car elles seules leur apprennent les charges qui pèsent sur le débiteur; sans cela ils n'auraient pas traité avec lui.

567. Puisque l'inscription n'est requise que pour assurer le rang des hypothèques *entre créanciers*, il suit qu'elle n'est pas requise à l'égard du débiteur. En effet, tout créancier porteur d'un titre authentique peut faire exproprier son débiteur (art. 2213 du Code civil) il n'est donc pas nécessaire d'être créancier hypothécaire inscrit pour forcer un débiteur à remplir ses engagements sur ses immeubles.

Cependant, comme le fait remarquer Grenier [3], il est toujours prudent de s'incrire. Car avant la dénonciation prescrite par l'article 687 du Code de procédure, le débiteur peut vendre la chose dont on fait l'expropriation, et priver de son gage le poursuivant qui ne s'est pas attribué un droit de suite à l'égard des tiers (art. 692 du Code de procédure) [4].

568. Mais on demande si les créanciers chirographaires peuvent opposer à un créancier hypothécaire le défaut de son inscription, lorsque le cas de faillite venant à arriver, il n'est plus possible de prendre inscription.

---

[1] Decourdemanche le propose dans son livre intitulé: *Du danger de prêter sur hypothèque.*

[2] Le système adopté par le Code civil éprouva des difficultés au conseil d'État. On peut voir, par les effort que fait Treilhard pour défendre, dans son discours au corps législatif, *la spécialité* et *la publicité*, qu'il y avait encore beaucoup de préjugés en faveur de l'hypothèque générale et occulte.

[3] Grenier, n° 88.

[4] *Répert.*, v° *Saisie immob.*, § 6, art. 1, n° 14.

On peut dire, pour la négative, qu'étant les ayants cause du débiteur, ils ne peuvent être de meilleure condition que lui ;

Que l'inscription, n'étant requise que pour assurer la préférence des hypothèques, ne paraît avoir été exigée par la loi que dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, et non des créanciers chirographaires ;

Que les créanciers chirographaires, par cela même qu'ils ont cette qualité, n'ont pas cherché à s'assurer un droit de suite sur les immeubles du débiteur, qu'ils ne peuvent être mis sur la même ligne que celui qui a pris la précaution de stipuler pour lui une hypothèque.

Mais ces raisons sont plus spécieuses que solides.

L'art. 2134 ne distingue pas. *Entre créanciers*, dit-il : ces termes sont généraux et ne comportent pas d'exception. Notre article doit être rapproché d'ailleurs de l'art. 2113 du Code civil, qui dit formellement que l'hypothèque ne date, *à l'égard des tiers*, que de l'époque des inscriptions. Or; on doit comprendre dans la classe des tiers, non-seulement les créanciers hypothécaires, mais encore les créanciers chirographaires. Car, quoique les uns et les autres tirent leurs droits du débiteur, ils ne tiennent pas leur rang de lui, et par conséquent ils sont tiers les uns à l'égard des autres pour s'opposer à ce que des préférences injustes soient établies en faveur de quelques-uns au préjudice de tous. La loi a déterminé les causes de préférence. Ce sont le privilége et l'hypothèque. Mais l'hypothèque, pour sortir de son inertie, est soumise à des conditions. Elle doit être inscrite ; sans cela, elle n'est qu'un corps privé des facultés qui le font mouvoir. Elle est réduite à un état purement passif, et la loi lui refuse le droit de produire une préférence.

En poussant plus loin les arguments, on voit par l'art. 2135 qu'il n'y a que certaines hypothèques privilégiées qui ont existence, *à l'égard des tiers*, indépendamment de toute inscription. Telles sont les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Donc, toutes les autres hypothèques n'ont d'existence entre créanciers, à l'égard des tiers, qu'avec le concours de l'inscription. Donc, les créanciers chirographaires ont intérêt à repousser comme incomplète toute hypothèque dépourvue d'inscription.

Peu importe que les créanciers chirographaires n'aient pas cherché à s'assurer une préférence sur les biens de leur débiteur. Ce n'est pas une raison pour créer contre eux d'injustes préférences. C'est avec bien plus de raison qu'ils peuvent dire au créancier hypothécaire non inscrit, qu'ayant manqué aux obligations imposées par la loi, il ne doit pas réclamer son bénéfice.

Au surplus, ce dernier système a été consacré par différents arrêts [1], et personne ne le conteste aujourd'hui [2].

569. On a aussi agité la question de savoir si le créancier hypothécaire inscrit, qui a eu connaissance d'une hypothèque antérieure non inscrite, peut ensuite opposer le défaut d'inscription.

L'affirmative est incontestable, et a été jugée par un arrêt de la cour de Bruxelles du 6 juin 1809.

En effet, la loi ayant exigé, par des motifs d'intérêt général, que l'hypothèque soit inscrite, toute hypothèque non inscrite est réduite *ad non esse*, à l'égard des tiers, soit qu'ils aient eu connaissance de l'hypothèque, ou qu'ils l'aient ignorée. Une circonstance particulière, telle qu'une notion extrajudiciaire, ne peut faire fléchir la volonté du législateur.

569 *bis*. L'art. 2134 soumet à l'inscription toutes les hypothèques, soit légales, judiciaires ou conventionnelles [3].

---

[1] Pau, 25 juin 1816. Cass., 11 juin 1817. *Répert.*, vº *Inscript. Quest. de droit*, vº *Succession vacante*, § 1, nº 2. Grenier, *Hyp.*, t. 1, nºs 67 et suiv. Dalloz, vº *Hyp.*, p. 263 et suiv., nº 2.

[2] Lorsque les créanciers d'un failli sont convenus par le concordat qu'il serait fait une levée d'argent, et que le prêteur aurait, sur un des immeubles du failli, privilége et hypothèque qui primerait l'hypothèque générale des créanciers, l'arrêt qui décide que, d'après les conventions des parties, ce droit de préférence n'est point, à l'égard des créanciers qui l'ont consenti, subordonné à l'inscription ou au renouvellement en temps utile de l'inscription qui a pu être prise, ne viole aucune loi.

En conséquence le créancier qui est intervenu à ces conventions n'a pu stipuler du débiteur, à raison d'une créance antérieure à la faillite, une hypothèque qui pût lui conférer un droit de préférence au préjudice de celui qu'il avait consenti en faveur du prêteur. (Brux., cass., 6 août 1840. *Bull.*, 1840, p. 554. Cass., 26 mai 1807. Merlin, *Répert.*, vº *Inscript. hyp.* § 10.)

[3] L'hypothèque générale peut être limitée dans ses effets, en faveur de l'hypothèque spéciale, lorsqu'il existe un moyen de concilier l'un et l'autre, et de désintéresser les créanciers généraux sans nuire aux spéciaux. (Paris, 28 août 1816. *Voy.* Rouen, 8 déc. 1824. Sirey, t. 25, 2e part., p. 39.)

Le créancier qui a une hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, qui néanmoins a pris une

On a vu ci-dessus que dans les coutumes de nantissement les hypothèques judiciaires n'étaient pas soumises au nantissement (n° 559). C'était un vice radical, qui permettait d'éluder les dispositions de la loi protectrice de la publicité.

Éclairé par l'expérience, le législateur a évité cet inconvénient en soumettant à l'inscription l'hypothèque judiciaire.

On verra dans l'article suivant quelles hypothèques légales sont dispensées de l'inscription.

570. L'inscription n'est pas abandonnée pour la forme aux caprices des parties. Cette formalité était trop importante pour que le législateur ne prît pas le soin d'indiquer les solennités par lesquelles s'établit la publicité. On verra, quand j'analyserai l'article 2146, quelle est sur ce point la théorie du Code civil.

ARTICLE 2135.

L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription.

1° Au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle;

2° Au profit des femmes, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.

La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet;

Elle n'a hypothèque, pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre.

SOMMAIRE.

571. L'absence d'inscription pour les hypothèques des femmes, des mineurs et des interdits ne peut leur être opposée. Quand les hypothèques sont inscrites, elles ne prennent pas rang de l'inscription.

572. La dispense d'inscription pour l'hypothèque des *mineurs* subsiste, même après la fin de la tutelle. Cette hypothèque, ainsi que celle des interdits, remonte à l'acceptation de la tutelle.

573. L'art. 2135 a profité aux individus en état de minorité lors de sa promulgation, bien que la tutelle fût commencée sous la loi de l'an 7. Mais les créanciers qui s'étaient fait inscrire ont conservé leur priorité sur le mineur, pour qui l'art. 2135 a valu inscription. L'art. 2135 n'a pas profité aux personnes dont la tutelle était finie lors de sa promulgation.

574. De l'hypothèque légale des femmes. Renvoi pour le détail des droits qui en sont investis.

575. Tous ces droits ont hypothèque légale sans inscription. Réfutation de l'opinion de Grenier, qui veut que les droits paraphernaux de la femme soient inscrits. Sens des mots *reprises* et *propres* dans leur plus large acception.

576. L'hypothèque légale des femmes demeure dispensée d'inscription, même après la dissolution du mariage.

577. Époque à laquelle remonte l'hypothèque de la femme. Le projet de Code civil proposait une époque unique. Le tribunat démontra que cela eût favorisé les fraudes. Adoption du système de plusieurs époques différentes, suivant les droits divers de la femme.

---

inscription hypothécaire, s'il consent à la radiation, est par là présumé avoir renoncé à son droit d'hypothèque légale, surtout à l'égard des créanciers qui se seraient inscrits sur la foi de cette radiation (art. 2180, C. civ.). (Brux., 16 janv. 1823. *J. de B.*, 1823, p. 249.)

578. Époque de l'hypothèque pour *dot* et *conventions matrimoniales*.
579. Quand il y a contrat de mariage, l'hypothèque remonte au jour du contrat. Textes positifs en faveur de cette opinion.
580. Elle s'appuie d'ailleurs du principe qui veut que les conditions mixtes, comme la condition *si le mariage s'accomplit*, produisent un effet rétroactif.
581. Grenier, Persil et Dalloz pensent cependant que l'hypothèque pour dot ne prend date que du jour du mariage. Réfutation de cette doctrine par les lois romaines.
582. Et par l'opinion de Domat, de Lamoignon, de Basnage et de plusieurs arrêts.
583. Lebrun, tout en reconnaissant que la rétrogradation devait avoir lieu au jour du contrat, proposait de ne l'admettre qu'autant qu'il se serait écoulé peu de temps entre le contrat et les noces. Mais cette limitation était repoussée par la jurisprudence des arrêts. D'ailleurs, il ne fallait pas permettre que le mari se dépouillât du gage dû à sa femme dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat et les noces.
584. Arguments tirés de différents textes du Code, et particulièrement de l'art. 1404. Conclusion.
584 *bis*. C'est au jour du contrat que remonte l'hypothèque pour *dot* et *conventions matrimoniales*, quand même il y aurait des termes stipulés pour le payement.
585. Étendue des mots *dot* et *conventions matrimoniales*. Tout ce qui est dotal n'a pas hypothèque du jour du contrat de mariage. Les biens à venir sont dotaux quand cela a été convenu ; mais ils n'ont hypothèque que du jour où ils font échéance à la femme. Exemple tiré des donations et successions échues à la femme.
586, Quand une donation produit-elle son effet?
587. Détails d'autres droits éventuels qui peuvent échoir à la femme. Par exemple, sommes provenant de l'exercice d'une action en rescision, ou d'un réméré exercé par le vendeur quand l'immeuble grevé du pacte de rachat était dotal, ou d'un rachat de rente quand la rente rachetée était dotale. Date de l'hypothèque de ces différents droits.
588. De l'hypothèque de la femme pour *indemnité des dettes*. Origine de cette hypothèque. Inconvénients de l'ancienne jurisprudence, qui la faisait rétrograder au jour du contrat. Pour éviter les fraudes, le Code civil a voulu qu'elle ne prît date que du jour de l'obligation.
588 *bis*. La femme ne peut pas stipuler dans son contrat de mariage que son hypothèque pour indemnité des dettes remontera au jour du mariage. Réfutation de l'opinion contraire de Delvincourt et Dalloz. Explication d'un arrêt de la cour de cassation.
589. Origine de l'hypothèque de la femme pour remploi de propres aliénés. Sa date.
589 *bis*. Il ne faut pas confondre l'hypothèque pour *dot* aliénée avec l'hypothèque pour *propre* aliéné. La première a effet rétroactif, mais pas la seconde. La femme ne pourrait déroger par son contrat à la disposition de notre article, qui veut que l'hypothèque pour remploi de propres prenne date du jour de la vente.
590. Date de l'hypothèque pour les paraphernaux.
591. De la preuve des sommes paraphernales reçues par le mari.
592. Date de l'hypothèque pour augment de dot. Législation actuelle sur l'augment de dot.
593. De la forme des quittances de dot. Font-elles foi contre les tiers quand elles sont sous seing privé?
594. Modifications à tout ce qui a été dit pour les femmes des faillis.
595. De la renonciation de la femme à son hypothèque légale. Il ne s'agit ici que de la renonciation *au profit d'un tiers*. Renvoi pour la renonciation *au profit du mari*.
596. De la femme mariée sous le *régime dotal*. Par le droit romain, elle pouvait renoncer à son hypothèque.
597. Mais seulement quand cela ne faisait pas péricliter sa dot.
598. Cas où sa renonciation pouvait être utile au cessionnaire.
599. Par la jurisprudence formée sur le droit romain, on distinguait deux sortes de renonciations à l'hypothèque, *la renonciation expresse* et *la renonciation tacite*. Exemples de *renonciation tacite*.
600. Disputes sur les effets de la renonciation *in favorem*. Il faut dire qu'elle équivalait à une cession.
600 *bis*. Proudhon prétend aujourd'hui que la renonciation *in favorem* n'est qu'extinctive. Erreur de cet auteur. Elle est *translative*. Elle vaut cession.
601. Conclusion que la femme *dotée* peut, sous le Code civil, renoncer à son hypothèque quand elle ne se préjudicie pas. Opinion contraire de Persil réfutée.
602. La femme *commune* peut céder son hypothèque à un tiers.
603. Exemples de renonciations tacites ou cessions faites par une femme *commune*.
604. Effet de la cession de la femme entre créanciers.
605. 1er cas. Position des créanciers postérieurs à la cession.
606. 2e cas. Position des créanciers antérieurs. Distinction s'ils sont chirographaires ou hypothécaires. Exemples proposés.
607. Suite.
608. Les créanciers cessionnaires de l'hypothèque de la femme viennent, entre eux, par rang de date de leurs cessions. Raison de cela. Arrêt vicieux de la cour de Paris.
609. Les créanciers subrogés à la femme n'ont pas besoin de faire inscrire leur subrogation. Dissentiment avec Grenier.
609 *bis*. Effet de la renonciation de la femme à l'égard de l'acquéreur d'un immeuble grevé de son hypothèque.
610. Si le créancier cessionnaire de la femme peut agir sans qu'il y ait séparation de biens.
611. Mode de colloquer une femme non séparée, quand on distribue le prix de l'immeuble de son mari.
612. Examen de la question de savoir si la femme mariée

sous le *régime dotal* peut, *pendant le mariage*, préférer une collocation sur le prix de l'immeuble grevé de son hypothèque à la revendication de son fonds dotal aliéné. Arrêts opposés sur cette question. Défense de la jurisprudence de la cour de cassation, et réfutation de l'opinion de Grenier, consacrée par quelques cours du Midi.
613. Position de la question.
614. Principes du droit romain sur l'inaliénabilité du fonds dotal et l'hypothèque légale des femmes.
615. Erreur singulière de la cour de cassation sur le sens de la loi 30 au Dig., *de jure dotium*. Autre erreur de Crémieux, avocat à Nîmes, qui a soutenu que cette loi était abrogée par la loi unique au C. *de rei uxoriæ actione*.
616. Explication de la loi 30 au C. *de jure dotium*. Conséquences qui en résultent.
617. Jurisprudence française sur cette question.
618. Arrêt d'Aix rapporté par Boniface.
619. Fausses inductions tirées d'une opinion de Despeisses. Véritable sens des paroles de cet auteur.
620. Solution que doit recevoir la question sous le Code civil.
621. Objection de Grenier réfutée par Cujas.
622. Considérations invoquées par Grenier, et réfutées.
623. Suite.
624. Réfutation de quelques considérations de Crémieux.
625. Suite.
626. Résumé. La femme peut demander à se faire colloquer sur le prix. Mais, jusqu'à la dissolution du mariage, elle a droit de renoncer à sa collocation pour reprendre sa chose aliénée.
627. Comment se fait la collocation et comment l'on pourvoit aux intérêts des créanciers du mari.
628. De quelques *questions transitoires*. Les créanciers inscrits avant la femme, sous la loi de l'an 7, continuent à la primer sous le Code civil.
629. Mais s'ils ne se sont pas fait inscrire avant la promulgation du Code, la femme les prime sans inscription, par le seul fait de l'art. 2135.
630. L'art. 2135 n'a rien changé au droit des femmes mariées avant sa promulgation, et qui, par la coutume, pouvaient faire remonter leur hypothèque pour remploi de propres aliénés et indemnités des dettes au jour du contrat de mariage.
631. Il en est de même des successions. Sentiment contraire de Grenier.
631 *bis*. L'art. 2135 n'est pas applicable aux droits des femmes dont le mariage était dissous avant le Code civil. Réfutation d'un arrêt d'Aix, qui a décidé que l'art. 2135 ne concernait pas les femmes séparées de biens en pays de droit écrit, lors de sa promulgation.

COMMENTAIRE.

571. L'hypothèque légale des mineurs, interdits et femmes mariées, existe à l'égard des tiers, indépendamment de toute espèce d'inscription. Ce n'est pas que la loi exempte tout à fait ce genre d'hypothèque de l'inscription. Nous verrons dans les articles suivants qu'elle charge les tuteurs, les subrogés tuteurs, les maris, etc., de veiller, sous des peines sévères, à l'inscription. Mais le défaut d'inscription ne porte pas préjudice aux mineurs, aux interdits et aux femmes. Leur hypothèque n'en subsiste pas moins dans toute sa plénitude [1].

De plus, dans le cas où ces hypothèques sont inscrites, ce n'est pas du jour de leur inscription qu'elles prennent leur date. On verra tout à l'heure à quel moment commence leur naissance [2].

572. L'hypothèque des mineurs et interdits frappe sur les biens des tuteurs pour tous les actes *de gestion?* On a vu ci-dessus (nos 420 et suiv.) l'étendue de ce droit d'hypothèque, et quelles personnes y sont soumises.

Cette hypothèque date du jour de l'*acceptation de la tutelle*. J'en ai dit les raisons ci-dessus (no 428).

Elle subsiste, avec le privilége d'exemption d'inscription, même après la fin de la tutelle, comme l'a très-bien prouvé Merlin [3]; et c'est ce qu'a décidé un avis du

[1] L'hypothèque légale n'existe point, indépendamment de l'inscription, en faveur des communes, des établissements publics et des hospices. Elle est primée par l'hypothèque légale, même non inscrite, des femmes mariées, des mineurs et des interdits, lorsque l'inscription de ces corps n'a été prise que depuis le mariage ou depuis l'existence de la tutelle. (Rejet, 12 mars 1811. *Voy.* art. 7 et 553, Code comm.; Dalloz, t. 17, p. 187. *Répert.*, vo *Inscrip. hyp.*, § 3.)

La publication du Code tient lieu d'inscription au mineur, de manière que, s'il se trouve en concurrence avec un hospice qui n'a pris inscription que depuis le Code, il doit être préféré, quoiqu'il s'agisse d'une créance ancienne. (Rejet, 12 mars 1811. Dalloz, t. 17, p. 187.)

[2] J'ai discuté, dans la préface de ce commentaire, la grande question de l'hypothèque occulte de la femme et des mineurs. Ce n'est que depuis l'impression de cette partie de mon travail que j'ai eu connaissance d'un article de M. Wolowski, avocat à Paris, qui en critique les bases principales (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 276). Quelle que soit l'opinion qu'on se forme des innovations proposées par ce jurisconsulte, innovations auxquelles, je dois l'avouer, résistent mes convictions, on n'en lira pas moins avec le plus grand intérêt sa dissertation.

[3] Merlin, *Répert.*, vo *Inscript.*

conseil d'État du 8 mai 1812 [1]. Cependant Grenier critique cet acte législatif, et pense qu'on devrait fixer au mineur devenu majeur un délai pour faire inscrire sa créance sur les biens de son tuteur [2].

D'après ces expressions « *du jour de l'acceptation de la tutelle* » il faut décider que l'hypothèque pour prix d'aliénation de biens du mineur date, non pas du jour de la vente, mais de l'époque indiquée par notre article. C'est ainsi qu'a jugé la cour de Toulouse, par arrêt du 18 décembre 1826.

573. D'après la loi de brumaire an 7, l'hypothèque légale des mineurs devait être inscrite [3].

Le Code, en rétablissant cette hypothèque sans inscription, a donné lieu à une question transitoire que je ne dois pas omettre.

C'est de savoir si la dispense d'inscription devait s'appliquer seulement aux individus en état de minorité à l'époque de la promulgation du Code, ou bien si les mineurs, devenus majeurs à l'époque de cette promulgation, étaient également affranchis de l'obligation de prendre inscription pour la gestion tutélaire exercée sous l'influence de la loi de l'an 7.

Par un arrêt du 14 février 1826, la cour de cassation a décidé que l'innovation résultant du Code civil ne devait profiter qu'aux individus mineurs à sa promulgation; mais qu'à l'égard des tutelles terminées sous l'empire de la loi de l'an 7, le mineur devenu majeur devait nécessairement prendre inscription pour la conservation de ses droits : sans quoi, c'eût été donner à l'art. 2135 du Code civil un effet rétroactif qu'il déclare par sa disposition finale ne pas entrer dans son esprit [4].

Une décison conforme est émanée de la cour de Bruxelles, et Dalloz cite plusieurs autres arrêts semblables, sans en donner le texte [5].

Mais si la minorité n'était pas terminée sous l'empire de la loi de l'an 7, et si le Code civil eût trouvé le tuteur encore en exercice, ses dispositions eussent profité au pupille. C'est ce qu'a jugé la cour de Turin par arrêt du 25 janvier 1811 [6].

Remarquez toutefois que ceux qui seraient inscrits avant le mineur sous la loi de brumaire an 7, ne pourraient être primés par lui, même depuis qu'il profiterait du bénéfice de notre article. En effet, l'art. 2135 a valu inscription pour les mineurs et a fait remonter leurs droits à l'acceptation de la tutelle; mais c'est sans préjudice des droits acquis aux tiers [7].

574. Je passe à l'hypothèque légale des femmes mariées.

J'ai fait connaître ci-dessus (n° 418) quels sont les droits des femmes qui sont garantis par l'hypothèque légale. Ce sont tous les droits *et toutes les créances* de la femme, telles

---

[1] Dalloz, v° *Hyp. Voy.*, dans la préface du présent commentaire les dispositions du Code napolitain. Delvincourt, t. 8, p. 114. Duranton, n° 38. Cass., 1er déc. 1824, Montpellier, 1er fév. 1828, et 24 fév. 1829.

[2] L'hypothèque légale du mineur survit au compte de tutelle même soldé, pour tous redressements de compte, pendant les dix ans qui suivent la majorité. (Cass., 21 fév. 1838 et 18 août 1840.)

L'art. 2135 n'attribue nominativement l'hypothèque légale qu'aux créances des mineurs et des interdits sur les biens de leurs tuteurs. L'art. 396 prévoit le cas où la tutelle sera conservée à la mère remariée, et il donne au second mari le nom de cotuteur. L'art. 417 prévoit aussi le cas où le mineur domicilié en France possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement. Il veut que l'administration spéciale de ces biens soit donnée à un protuteur. Il n'y a nul doute que les fonctions désignées sous ce nom ne soient de véritables tutelles. Les mêmes articles déclarent, à l'égard du cotuteur, qu'il devient solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage ; et, à l'égard du protuteur, que le tuteur et le protuteur sont indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. Il est donc manifeste que les immeubles des cotuteurs et protuteurs sont soumis à l'hypothèque légale de la même manière que ceux des tuteurs ordinaires. (Nîmes, 30 nov. 1838. Grenier, n° 280.)

Mais on pourrait demander si les subrogés tuteurs et les curateurs sont soumis à la même hypothèque. L'hypothèque légale n'est établie que sur les immeubles de ceux qui, étant chargés d'une tutelle effective, gèrent et administrent par eux-mêmes les biens et les affaires d'un mineur ou d'un interdit, et cette mesure de précaution ne regarde nullement les subrogés tuteurs, les curateurs, les personnes chargées, en qualité de conseil, de prêter leur assistance aux prodigues ou aux faibles d'esprit. (Grenier, n° 271 ; Duranton, t. 19, n° 313 ; et Pailliet, édit. de 1842, sous l'art. 2135.)

[3] C'est ce qui a été proposé à Genève, dans le rapport de Girod (*Thémis*, t. 9, p. 2 et suiv.). *Voy.* notre préface.

[4] Dalloz, v° *Mariage*.

[5] V° *Hyp.*, nos 2 et 3. — L'hypothèque légale, non inscrite, d'une femme décédée avant la publication du Code civil (sous l'empire de la loi du 11 brum. an 7), n'a pas été dispensée d'inscription par la survenance du Code civil. Cette hypothèque, à l'égard des héritiers de la femme, n'a de rang que du jour de son inscription sous le Code civil. (Code civil, art. 2135. Grenoble, 2 juin 1831 et 30 juin 1838. Sirey, t. 32, 2e part., p. 622, et t. 39, 2e part., p. 106. *Sic*, Rolland de Villargues, *Répert. du not.*, v° *Inscript. hyp.*, n° 15 ; Duranton, t. 19, n° 293 ; Grenier, n° 238 ; Tessier, t. 2, n° 138, lettre *B*.)

[6] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 188.

[7] *Infra*, n° 638, plusieurs questions analogues.

que dot, reprises, remploi, indemnité de dettes, gains nuptiaux, biens paraphernaux, etc. [1].

575. Mais l'hypothèque légale créée pour tous ces objets, est-elle dans tous les cas affranchie de l'inscription?

Grenier s'est fait le défenseur zélé de l'opinion qui veut que l'hypothèque légale des femmes ne soit affranchie d'inscription que pour les sommes et biens dotaux, mais qu'elle soit nécessairement inscrite pour ce qui concerne les paraphernaux. Il a fait sur cette thèse une longue dissertation [2]. Combattu par le professeur Demante dans un article de *la Thémis* [3], il a répondu avec force dans le même recueil [4].

Il est cependant extraordinaire que Grenier se montre si fermement attaché à cette opinion inadmissible. Il reconnaît lui-même que l'hypothèque légale protége *toutes les créances* quelconques de la femme (*supra*, n° 418). Mais cette concession ne décide-t-elle pas à elle seule la question? Car c'est le propre de l'hypothèque légale de la femme d'être dispensée d'inscription. Sans quoi, il faudrait admettre que la loi aurait créé pour la femme deux sortes d'hypothèques légales, l'une affranchie d'inscription, l'autre soumise à cette formalité, et c'est ce que le législateur n'a dit nulle part.

Cependant Grenier prétend trouver cette distinction dans l'art. 2135.

Cet article, dit-il, limite l'exemption d'inscription aux hypothèques légales pour dot et conventions matrimoniales; en effet, il ne parle pas des paraphernaux, et assurément la mention de la *dot*, des *sommes dotales*, l'aurait averti qu'il fallait aussi s'expliquer sur les sommes et biens extradotaux, s'il n'avait pas voulu les exclure.

Or, qu'entend-on par dot? Sous le régime dotal, on entend tout ce qui est constitué par la femme au mari pour soutenir les charges du mariage. C'est tout ce qu'elle apporte dans l'association conjugale en vertu du contrat de mariage. Le reste est extradotal.

Sous le régime de la communauté, la dot a plus d'étendue. Elle comprend la totalité des biens que la femme possède, ou acquiert pendant le mariage. Sous ce régime, il n'y a à proprement parler que des biens dotaux, du moins par l'effet, s'ils ne le sont pas par la dénomination. Car on voit dans l'art. 1530 que, dans le cas même où les époux se marient sans communauté, cette clause ne donne pas à la femme le droit d'administrer ses biens ni d'en percevoir les fruits; ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage. Or, tel est aussi le droit que la loi donne au mari sur les biens expressément constitués; c'est celui de jouir de ces biens pour supporter les charges du mariage. Ainsi, continue Grenier [5], on doit tenir pour dotales, sous le régime de la communauté, toutes les sommes appartenant à la femme, qui ont passé par les mains du mari, quelle que soit leur source.

Maintenant qu'entend-on, poursuit notre auteur, par conventions matrimoniales? Ce sont les gains et avantages matrimoniaux faits à la femme pour cas de survie. Ces expressions n'ont pas d'autre étendue.

Ceci posé, il faut dire que l'hypothèque légale sans inscription n'a lieu que 1° pour la dot, c'est-à-dire pour les biens présents et à venir que la femme mariée sous le régime dotal a pu se constituer en dot; 2° pour les sommes qui sous le régime de la communauté ont passé dans les mains du mari, quelle que soit leur origine, par exemple pour reprises, indemnité de dettes, sommes provenant de successions échues, etc.; 3° pour les gains nuptiaux et autres avantages résultant du contrat de mariage.

Donc, conclut Grenier, les biens extradotaux se trouvent exclus. Donc l'hypothèque pour cet objet est soumise à l'inscription.

Mais cette argumentation de Grenier s'é-

---

[1] La femme à qui son mari a donné par contrat de mariage, en cas de survie, l'usufruit d'un immeuble, a hypothèque légale pour sûreté de cet usufruit, et cette hypothèque peut être inscrite sur l'immeuble du vivant de son mari. (Code civil, art. 2135. Douai, 20 août 1835. Sirey, t. 36, 2e part., p. 34.)

Mais si le mari, en fraude de cette convention matrimoniale, a disposé *à titre gratuit* des biens soumis à l'usufruit de la femme, celle-ci, qui conserve le droit, au cas de survie, de faire révoquer ces aliénations, ne peut être forcée par les tiers détenteurs de donner mainlevée de l'inscription qu'elle aurait prise sur les biens de son mari ainsi aliénés. (Art. 2121, 2135, Code civil. Paris, cass., 19 août 1840.)

La femme n'a pas d'hypothèque légale pour sa part dans les biens de la communauté. (Art. 2121, 2135, 1476, Code civil. Paris, cass., 15 juin 1842.)

[2] Grenier, n° 227.

[3] T. 6, p. 20.

[4] T. 6, p. 362.

[5] D'après Merlin, *Répert.*, v° *Inscript.*

croule devant les art. 2140, 2144, 2193 et 2195, qui portent que les acquéreurs des immeubles du mari ne purgent les hypothèques *non inscrites* pour *dot, reprises et conventions matrimoniales*, qu'en observant les formalités qu'ils prescrivent.

Or, les sommes extradotales, les biens paraphernaux, forment *une reprise* de la femme contre son mari; il suit de là que leur hypothèque n'a pas besoin d'inscription, aux termes des articles précités.

Cependant Grenier repousse cette explication, en disant que l'expression *reprise*, dont se sert le législateur, ne s'applique qu'au régime de la communauté, pour le remploi des propres aliénés et l'indemnité des dettes.

Mais cette interprétation n'est pas exacte. Le mot *reprise*, dans son acception générale, doit s'appliquer à tout ce que la femme a le droit de réclamer du mari, à toutes les répétitions de choses dotales ou extradotales qu'elle peut faire sous l'un et l'autre régime.

Et Chabrol atteste que dans l'Auvergne, où les maris s'emparaient despotiquement de l'administration et des fruits des biens paraphernaux, on se servait du mot *reprise* dans tous les actes de liquidation des droits des femmes mariées. L'art. 548 du Code de commerce emploie le mot *reprise* en ce sens.

Il y a plus; les mots *propres aliénés*, dont se sert l'art. 2135, sont encore décisifs pour condamner l'opinion de Grenier. Un bien paraphernal est sans aucun doute un *bien propre*. Qu'on ne dise pas que le mot *propres* ne s'emploie que dans le régime de la communauté; car le législateur s'en sert dans l'art. 1546 relatif au régime dotal et à la constitution de la dot. Il est donc clair que la femme qui posséderait des immeubles paraphernaux dont son mari aurait fait l'aliénation, serait protégée par le bénéfice de cette disposition de notre article.

Dès lors, il est palpable que la responsabilité du mari, si explicitement accompagnée d'hypothèque sans inscription, pour le cas d'aliénation d'un paraphernal, doit rester le même dans tous les autres cas où le mari a des comptes à rendre à sa femme pour le maniement de ses paraphernaux [1].

D'ailleurs, les mêmes empêchements moraux qui ont fait dispenser les femmes de l'inscription de l'hypothèque pour leurs dots, existent pour l'hypothèque légale des sommes paraphernales dont leurs maris ont touché le montant. Le mari, par son influence, pourrait priver la femme du droit de s'inscrire, et celle-ci se verrait réduite à une condition pire que celle d'un créancier ordinaire qui, dit Tarrible [2], a pu prendre toutes ses sûretés.

C'est ce dernier système que la cour de cassation a adopté par un arrêt du 6 juin 1826, portant cassation d'un arrêt de Riom du 4 mars 1822, rendu sous la présidence de Grenier et rédigé par ce magistrat. Déjà la cour suprême avait jeté les fondements de sa jurisprudence par un arrêt du 11 juin 1822 [3]. Mais son arrêt de 1826 est plus remarquable, puisque c'est Grenier lui-même qu'il condamne, et que l'arrêt annulé contenait sur la question une théorie développée avec beaucoup de soin et de force. On cite, dans le système que la cour de cassation a fait prévaloir, plusieurs arrêts [4]. Néanmoins, il en existe d'autres en sens contraire [5]. Il est étonnant qu'il y ait diversité d'opinions sur une question si positivement décidée par la loi [6].

---

[1] La femme a hypothèque légale sur les biens de son mari, indépendamment de toute inscription, pour sûreté de ses créances paraphernales, comme pour toutes ses autres reprises. (Code civil, art. 2121 et 2135. Grenoble, 30 mai 1834. Sirey, t. 34, 2e part., p. 478. Cass., Toulouse, 5 déc. 1832.)

[2] *Inscript.*, § 2, n° 9.

[3] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 160.

[4] Riom, 20 février 1819. Lyon, 16 août 1823. Pau, 15 janvier 1823. Cass., du 28 juillet 1828. Toulouse, 14 février 1829, et 7 avril 1829.

[5] Montpellier, 22 déc. 1822, et autres cités par Dalloz. Mais la cour de Toulouse, qui avait rendu deux arrêts contre la femme, a abandonné sa jurisprudence, ainsi qu'on l'a vu à la note précédente.

[6] Ajoutez à cela que les textes mêmes des art. 2135 et 2121 résistent à l'opinion de Grenier, si on prend attention à ce qui fait l'objet de ces deux dispositions. L'article 2121 déclare que l'hypothèque de la femme sur les biens de son mari est légale, sans dire pour quelle nature de créances; elle les enveloppe donc toutes, sans distinction. L'objet de l'art. 2135 est-il de déterminer ou de limiter ce que n'a pas fait l'art. 2121? Aucunement. Car il ne s'agit que de fixer les époques de la naissance de cette hypothèque légale. La loi dit qu'elle les assigne sans qu'il soit requis d'inscription; mais comme parmi les diverses natures de créances qui peuvent compéter à la femme, les unes existent dès l'origine du mariage, que d'autres peuvent naître depuis le mariage, elle a statué, quant à ces dernières, que l'hypothèque légale ne daterait que du jour où les droits qui peuvent être l'objet de ces créances, s'ouvrent pendant le mariage. Elle n'exige pas plus d'inscription pour elles que pour les premières. C'est une restriction qui n'est dictée que par l'intérêt des tiers créanciers du mari. (*Note de l'éditeur belge.*)

Sous le régime de la communauté, la femme a hypothèque légale sur les biens de son mari, pour le recouvrement des sommes qui lui sont déclarées *propres*, à

576. L'hypothèque légale de la femme demeure dispensée d'inscription, même après la dissolution du mariage. C'est ce que Merlin a fort clairement établi [1], et c'est ce qui résulte de l'avis du conseil d'État du 8 mai 1812 [2].

Il suit de là que le changement d'état de la femme n'apporte aucun changement aux prérogatives attachées à ses droits, et que ses héritiers peuvent exercer les actions résultant de son hypothèque légale, telle qu'ils la trouvent, c'est-à-dire sans inscription. On a pensé qu'il eût été injuste que l'effet de l'hypothèque légale se fût précisément évanoui à la dissolution du mariage, c'est-à-dire à l'époque où le moment est venu d'en retirer les avantages [3].

Néanmoins Grenier trouve qu'il y a un vice dans cet état de choses, et il fait des vœux pour que le législateur y apporte des changements [4]. Il voudrait qu'on fixât à la femme un délai, après la dissolution du mariage, pour qu'elle fasse inscrire sa créance sur les biens de son mari [5].

577. Venons à la fixation de l'époque à laquelle remonte l'hypothèque légale de la femme.

Le Code n'a pas assigné à cet égard une époque unique. Des temps divers sont indiqués.

Le projet du conseil d'État fut d'abord de fixer à une seule date le rang de l'hypothèque de la femme, pour toutes les répétitions qu'elle aurait à exercer contre son mari.

Mais le tribunat fit sur ce projet les observations suivantes :

« Les sommes dotales ne doivent avoir » d'hypothèque légale, lorsqu'elles proviennent des successions, que du jour de l'ouverture de ces successions. Car c'est seulement alors qu'il y a, de la part du mari, une » administration qui seule ne peut faire le » fondement de l'hypothèque : ce qu'on vient » de dire des successions s'applique aux » donations. D'un autre côté, si la femme » s'oblige conjointement avec son mari, ou » si de son consentement elle a aliéné ses » immeubles, elle ne doit avoir hypothèque » sur les biens du mari, pour son indemnité, » dans ces deux cas, qu'à compter de l'obligation et de la vente. Il n'est pas juste » qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la » créance, et il est odieux que la femme, » en s'obligeant et en vendant postérieurement, puisse primer des créanciers ou » des acquéreurs qui ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source de » fraude qu'il est enfin temps de faire disparaître. »

Conformément à ces observations, le projet fut modifié, et il produisit l'art. 2135 tel que nous le voyons aujourd'hui [6].

On conçoit en effet à combien de tromperies pourrait conduire le système de la rétroactivité de l'hypothèque. « Un mari serait » donc le maître, dit Treilhard [7] de dépouiller ses créanciers légitimes en s'obligeant envers des prête-noms, et en faisant » paraître sa femme dans ses obligations » frauduleuses, pour lui donner hypothèque » du jour de son mariage! Il conserverait » ainsi, sous le nom de sa femme, des propriétés qui ne devaient plus être les siennes. »

Maintenant nous allons parler séparément de ces diverses causes d'hypothèque légale.

578. L'hypothèque des femmes pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, remonte *au jour du mariage*, dit notre article.

Deux choses sont ici à examiner :

1° Est-ce du jour du mariage, ou bien du

---

partir de l'ouverture des successions, et non pas seulement à partir de la perception qui en a été faite par le mari. (Paris, cass., 5 mai 1841.)

[1] *Répert.*, v° *Inscript.*

[2] L'hypothèque légale de la femme mariée est dispensée d'inscription, même après le décès du mari. (Bordeaux, 24 juin 1836. Sirey, t. 37, 2e part., p. 38. *Sic*, Tarrible, *Répert.*, v° *Inscript. hyp.*, § 3, n° 2; Duranton, t. 20, n° 38; Tessier, t. 2, n° 138. *Contra*, Grenier, n° 245.)

Décidé aussi que l'hypothèque légale de la femme n'est pas un privilége purement *personnel*, attaché à sa qualité de femme mariée, et qui, par sa nature, doive cesser avec cette qualité; cette hypothèque est un droit inhérent à la nature de la créance, qui, après la *dissolution du mariage*, continue de subsister, sans inscription, au profit de la femme ou de ses héritiers. (Montpellier, 24 fév. 1829. Sirey, t. 31, 2e part., p. 46.)

[3] Turin, 10 juin 1812.

[4] Grenier, n° 245. J'ai rapporté dans la préface les dispositions du Code napolitain sur ce point.

[5] La femme dont le mari est membre d'une société de commerce, n'a pas d'hypothèque légale pour ses conventions matrimoniales sur les immeubles de la société. Ils n'appartiennent à aucun des sociétaires, mais à la raison sociale. (Paris, 25 mars 1811; Toulouse, 31 juillet 1820; Persil, *Quest.*, p. 743; et *Rég. hyp.*, p. 345, n° 11.)

[6] *Répert.*, v° *Inscript.* Locré, t. 8, p. 230.

[7] Locré, t. 8, p. 247.

jour du contrat du mariage qu'il faut donner rang à l'hypothèque légale?

2° Que comprend la loi dans ces expressions *dot et conventions matrimoniales?*

579. En s'en tenant au texte grammatical de notre article, il semblerait que l'hypothèque ne doit partir que du jour de la célébration du mariage.

Mais cela n'est pas exactement vrai dans tous les cas.

En effet, lorsqu'il y a un contrat de mariage antérieur au mariage, il faut dire que l'hypothèque remonte à la date de ce contrat. Car on lit dans l'art. 2194 que l'inscription faite au profit de la femme pendant l'affiche du contrat d'aliénation de l'immeuble affecté à l'hypothèque légale, a le même effet que si elle avait été prise *le jour du contrat de mariage*.

L'art. 2195 répète la même énonciation. « Si les inscriptions du chef des femmes, » mineurs ou interdits, sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire aucun » payement du prix au préjudice desdites » inscriptions, qui auront toujours, ainsi » qu'il a été dit ci-dessus, *la date du contrat* » *de mariage*, ou de l'entrée en gestion du » tuteur. »

La conséquence à tirer de ces articles se présente à tous les yeux.

Mais s'il n'y a pas de contrat de mariage, l'hypothèque n'aura d'effet que du jour du mariage, parce que, dans ce cas, c'est la loi qui stipule pour les parties du moment où le mariage se contracte.

Si notre article n'a pas énoncé cette distinction, il ne faut pas en conclure qu'elle est chimérique. Elle résulte forcément de la combinaison des art. 2194 et 2195 avec l'art. 2135. Ce dernier article, en portant l'hypothèque à la date du mariage, a parlé *ex eo quod frequentius fit*. Car c'est le plus souvent la veille même du mariage, que se règle le contrat. Mais il n'en est pas moins vrai que si le contrat est séparé par un plus grand intervalle de la célébration du mariage, c'est à la date seule de ce contrat qu'il faut reporter l'hypothèque. Sans quoi, il faudrait dire que le législateur se serait contredit, ou se serait trompé dans les art. 2194 et 2195 [1].

580. Les principes parlent d'ailleurs hautement en faveur de cette distinction.

Si la loi, par une fiction favorable, n'eût créé elle-même l'hypothèque légale, et qu'elle eût chargé les parties de soin de la stipuler, c'est bien certainement dans le contrat de mariage que les conventions à ce relatives auraient trouvé leur place. La fiction doit donc produire les mêmes résultats que la réalité. « Lex in omnibus tacitis hypo» thecis fingit pactionem et conventionem » partium contrahentium, quamvis expressa » non fuerit, et est perinde ac si in veritate » hypotheca illa fuisset constituta per con» ventionem partium [2]. »

A la vérité, le contrat de mariage est toujours soumis à une condition suspensive, *si nuptiæ subsecutæ fuerint*. Mais cette condition est mixte, et son accomplissement produit un effet rétroactif au jour du contrat, d'après les principes que j'ai exposés ci-dessus (n° 475).

581. Malgré toutes ces raisons, Grenier [3] pense néanmoins que notre distinction ne doit pas avoir lieu, et qu'il faut décider que l'hypothèque légale n'a jamais d'effet que du jour du mariage.

Mais cette opinion est aussi contraire au texte des articles du Code civil, que j'ai cités, qu'à l'ancienne jurisprudence.

D'après le droit romain, l'hypothèque datait du jour de la convention. Papinien expose ce principe dans la loi 1, D. *qui potior in pignore*. « Qui dotem pro muliere promisit, » pignus sive hypothecam de restituenda » sibi dote accepit. Subsecuta deinde pro » parte numeratione, maritus eamdem rem » pignori alii dedit : mox residuæ quantita» tis numeratio impleta est. Quærebatur de » pignore? Cum ex causa promissionis ad » universæ quantitatis exsolutionem, qui » dotem promisit, compellitur, non utique » solutionum observanda sunt tempora, *sed*

[1] Jugé au contraire que l'hypothèque légale prend date, non du jour du *contrat* de mariage, mais seulement du jour de la *célébration*. (Code civil, art. 2135. Nîmes, 26 mars 1833. *Sic*, Grenier, n° 243 ; Duranton, t. 20, n° 20 ; Persil, *Rég. hyp.*, sur l'art. 2135, § 2, n° 2 ; Zachariæ, t. 2, § 264, note 25 ; Tessier, t. 2, n° 134, note 1093 ; Coulon, t. 2, p. 23, dial. 50. Cependant Coquille, *Quest.*, 125, p. 207, édit. de 1703, et *Coutume de Nivernais*, chap. 23, art. 18 ; Roussilhe, *Dot*, t. 1, p. 289 et suiv. ; Domat, liv. 3, tit. 1, sect. 1, n° 3 ; Lamoignon, t. 2, p. 132 ; Basnage, *Hyp.*, chap. 12 ; Tarrible, *Rép.*, v° *Inscript. hyp.*, § 3, n° 8 ; et Benoît, t. 2, n° 47, partagent l'opinion émise ici par Troplong.

[2] Neg., 1, memb. 4, n° 11. *Supra*, n° 416.

[3] Auquel il faut joindre Persil, art. 2135, § 2, n° 2, et Dalloz, v° *Hyp.*, p. 152.

» *dies contractæ obligationis*. Nec potest dici, » in potestate ejus esse ne pecuniam resi» duam redderet, ut minus dotata mulier » esse videatur [1]. » J'ai donné ci-dessus (n° 474) le commentaire de cette loi, d'après Voet et Doneau.

Dira-t-on que, dans l'espèce de cette loi, il y avait une hypothèque expresse stipulée par la convention? J'en conviens. Mais qu'importe? la loi, en donnant une hypothèque tacite, ne fait-elle pas l'office des parties?

582. En France, Domat enseignait que l'hypothèque légale de la femme remonte au contrat de mariage [2]; et c'était aussi l'opinion de Lamoignon [3], de Basnage [4] et de plusieurs autres.

On voit, par différents arrêts cités par ce dernier auteur, qu'il a été jugé que les stipulations relatives au douaire préfix ou, autrement dit, conventionnel, avaient hypothèque, non du jour de la célébration du mariage, mais du jour du contrat. Cependant il était dit, dans la plupart des coutumes, que la femme *ne gagnait son douaire qu'au coucher*. Mais, par la jurisprudence, on n'appliquait cette maxime qu'au douaire coutumier, c'est-à-dire à celui que la coutume accordait sans convention. Mais lorsque les parties voulaient faire des conventions spéciales sur le douaire, l'hypothèque de la femme datait du jour du contrat [5].

583. Lebrun convient du principe. Il avoue, d'après Mornac, sur la loi 1, D. *qui potior*, qu'on donne ordinairement un effet rétroactif au contrat de mariage, lorsqu'il y a des obligations intermédiaires entre le contrat et la célébration [6]. Ce n'est pas qu'il ne tombe dans une erreur qui me semble manifeste, en donnant la raison de cette rétroactivité. Car il soutient (nos 27 et 28) qu'en droit strict, on ne devrait pas donner au mariage, au préjudice des tiers, un effet rétroactif au jour du contrat, par la raison que la condition, *si le mariage s'accomplit*, est purement potestative à l'égard du mari et il ajoute que c'est par une exception introduite en faveur des conventions matrimoniales, qu'on leur a donné cet effet rétroactif. Or, ceci me paraît inexact, attendu que la condition *si le mariage s'accomplit* est mixte, et dépend non-seulement de celui à qui elle est imposée, mais encore de la volonté de la future épouse. Mais toujours est-il certain que Lebrun reconnaît que les conventions matrimoniales relatives au douaire ont hypothèque du jour du contrat. Seulement il modifie cette règle en voulant que cette hypothèque n'ait lieu, à cette date, qu'autant qu'entre le contrat et la célébration nuptiale il ne se serait pas écoulé un temps considérable [7]; et il s'autorise du sentiment de Neguzantius [8].

Lebrun se fonde sur ce que, si le mariage était éloigné du jour du contrat, les tiers pourraient ignorer que celui avec qui ils veulent contracter est sur le point de s'engager par mariage, et qu'induits en erreur, ils se verraient exposés à des évictions, ou à être primés dans leurs hypothèques par une femme qui n'aurait reçu le titre d'épouse que postérieurement.

Mais Basnage, plus moderne que Lebrun, nous apprend que cette limitation était surannée, et qu'elle était tombée en désuétude.

« Il est vrai, dit-il, qu'autrefois on faisait » cette distinction, *an longo tempore post » conscriptas tabulas subsecuta sit solemnitas » matrimonii et concubitus*, et que, quand » il y avait un intervalle considérable, le » douaire n'avait hypothèque que du jour » de la célébration : et il fut jugé de la sorte » en la chambre de l'édit, le 2 juin 1606, » pour le sieur Gilain, contre la demoiselle » de Fréville, parce qu'il y avait sept mois » d'intervalle entre le contrat et la célébra» tion du mariage.

» Mais depuis on a tenu indistinctement » que l'hypothèque du douaire est acquise » du jour que le contrat de mariage a été » reconnu [9]. Cette question fut décidée en » la chambre des enquêtes, au rapport de » M. de Vignerol, le 14 août 1645. »

En effet (et cette raison répond aux inconvénients dont parle Lebrun), il est sensible que, si l'hypothèque ne datait que du jour de

---

[1] Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 569, n° 2.
[2] Liv. 3, tit. 1, sect. 1, n° 3.
[3] Lamoignon, t. 2, p. 132.
[4] Chap. 12.
[5] Arrêts du parlement de Rouen des 14 août 1645, et 20 juin 1653.
[6] *Success.*, liv. 2, chap. 5, sect. 1, dist. 1, n° 24.
[7] Nos 23 et 27.
[8] Part. 2, memb. 4, n° 79.
[9] C'est à cela que revient l'opinion de Lamoignon, citée ci-dessus : « L'hypothèque est acquise à la femme » du jour du contrat de mariage, ou de la reconnaissance » des articles faits devant notaires. »

la célébration du mariage, le mari pourrait le lendemain du contrat vendre ou hypothéquer tous ses immeubles, et priver la femme des sûretés de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

584. D'après tout ce qui vient d'être dit des principes de l'ancienne jurisprudence sur la matière, il faudrait une disposition bien précise de la loi nouvelle, pour admettre qu'elle a voulu y déroger. Mais comment se ranger à cette idée, puisque, dans deux articles précis, le Code civil parle de l'effet rétroactif de l'hypothèque légale de la femme *au jour du contrat de mariage?*

L'art. 1404 du Code civil vient me fournir un nouvel argument en faveur de la doctrine, que l'hypothèque légale de la femme date du contrat.

En effet, cet article répute *acquêts de communauté* les immeubles que le mari achète dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et la célébration. Donc, la communauté est légalement existante dès ce moment aux yeux de la loi. Dès lors, comment serait-il possible d'admettre que le mari pût créer des hypothèques nuisibles à la femme? Si le contrat qui règle l'association des époux produit un effet en ce qui concerne les biens acquis par le mari pendant le temps intermédiaire, pourquoi n'en produirait-il pas à l'égard de l'hypothèque qui est l'accessoire de ce contrat?

Il me semble donc évident que l'opinion de Grenier doit être rejetée. Le sentiment contraire, professé par Merlin [1], étant fondé sur les doctrines anciennes et sur le texte de la loi, mérite une préférence incontestable.

A reste, la question est grave. De sa solution peut dépendre le sort de tous les créanciers qui ont traité avec le mari dans le temps qui s'est écoulé entre le contrat et la célébration du mariage; elle méritait un examen particulier. Je ne connais qu'un arrêt qui la décide depuis le Code. Il a été rendu par la cour royale de Nîmes, le 26 février 1834 dans un sens contraire à mon opinion. Mais comment la cour royale de Nîmes a-t-elle répondu à l'argument victorieux que donnent les art. 2194 et 2195 du Code? En disant qu'ils ne sont pas parfaitement clairs, et que les mots *contrats de mariage* dont ils se servent s'appliquent aussi bien, *dans le langage de la loi et de la jurisprudence*, au contrat passé devant l'officier de l'état civil, qu'à celui qui est passé devant le notaire pour régler l'association des biens! Or, j'avoue que cette explication me paraît peu convaincante, et je crains que la cour de Nîmes n'ait beaucoup hasardé quand elle a donné aux expressions dont il s'agit un sens si opposé au langage du Code. Je sais bien que Pothier disait (car il ne faut rien dissimuler) : « Le terme de *contrat de mariage* est équivoque : il est pris dans ce » traité pour le mariage même; ailleurs il » est pris, dans un autre sens, pour l'*acte* qui » contient les conventions particulières que » font entre elles les personnes qui contractent mariage [2]. » Mais Pothier s'éloignait ici de la signification habituelle des mots; il leur donnait un sens inusité [3]. D'ailleurs Pothier n'est pas le Code civil, et je ne crois pas me tromper en disant que les expressions *contrat de mariage* ne se trouvent pas une seule fois dans le Code avec l'acception que Pothier leur attribue. En effet, les articles 63 et suiv. ne cessent de qualifier d'*acte de mariage* la célébration de l'union entre les époux, tandis que les art. 1387 et suiv. réservent exclusivement le nom de *contrat de mariage* pour l'acte qui règle les stipulations relatives aux intérêts pécuniaires des époux. N'oublions pas ensuite que les rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas les opinions de Domat, Basnage, Lamoignon, et je demande si la doctrine de ces auteurs, reproduite dans les art. 2194 et 2195, n'est pas incompatible avec la subtilité grammaticale imaginée par la cour de Nîmes. Il est certain que le système de l'ancienne jurisprudence s'est fait jour dans le Code par cette issue, peut-être un peu tardive : mais enfin il y est : il a trouvé place dans la pensée du législateur. Dès lors ne fait-on pas violence à la loi en le considérant comme non avenu?

La cour n'a pas aperçu l'argument fourni par l'art. 1404; du moins elle ne s'occupe pas d'y répondre. Elle prétend seulement que le sentiment auquel je me rallie *fait supposer légèrement que le législateur est tombé en contradiction avec lui-même*. Mais c'est une méprise. Il me semble, au contraire, que c'est la cour de Nîmes qui lui prête une anti-

[1] *Inscript.*, p. 201, n° 8. *Junge* Wolowski, *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 278.

[2] *Contrat de mariage*, n° 2.

[3] *Voy.* Merlin, *Répert.*, v° *Contrat de mariage*.

nomie, tandis que mon système concilie de la manière la plus simple les art. 2194 et 2195 avec l'art. 2135, en donnant à chacun d'eux la prévision d'un cas différent.

584 *bis*. Je termine sur notre première difficulté par une observation importante.

C'est toujours la date du contrat de mariage qu'il faut considérer, quand même il y aurait des termes stipulés pour les payements de la dot. L'hypothèque ne peut prendre rang seulement du jour du payement. C'est du jour de l'obligation, d'après les principes résultant de la loi 1, Dig. *qui potior*, et enseignés par tous les auteurs [1].

585. Passons à notre seconde question.

Que comprennent ces expressions *dot et conventions matrimoniales?*

Les conventions matrimoniales sont celles qui sont contenues dans le contrat de mariage et par lesquelles le mari assigne à sa femme un douaire, des gains de survie, lui fait, en un mot, une donation par contrat de mariage. Toutes ces choses ont hypothèque du jour du contrat.

On a vu n° 574 ce qu'on entend par dot sous l'un et sous l'autre régime.

Mais tout ce qui est dotal n'a pas hypothèque du jour du contrat ou du jour du mariage.

Les biens dotaux, dont l'hypothèque remonte à la formation de l'association conjugale, sont seulement ceux que la femme apporte *effectivement et réellement* au mari, ceux dont le mari est dépositaire au moment où se fait le contrat ou le mariage.

Ceux qui ne sont qu'*in eventu* et qui ne passent dans ses mains que postérieurement, n'acquièrent d'hypothèque qu'à mesure des réceptions. On a pensé que c'était seulement alors que l'obligation personnelle du mari devenait parfaite, et que par conséquent l'hypothèque devait se former.

Ainsi, une femme se constitue en dot tous ses biens présents et à venir.

Ses biens présents consistent en 50,000 francs, qui sont remis au mari.

Plusieurs années après, un oncle fait une donation entre-vifs à la femme, et il lui échoit aussi une succession de 80,000 francs.

La donation et la succession feront partie de la dot, puisque la femme s'est constitué ses biens présents et à venir.

Mais la femme n'aura hypothèque du jour du contrat de mariage, que pour les 50,000 francs formant la totalité des biens présents.

A l'égard des sommes provenant de la donation et de la succession, l'hypothèque légale ne datera, d'après notre article, que de l'ouverture de la succession, ou du jour où les donations auront eu leur effet.

Le Code n'a pas suivi à cet égard les principes de l'ancienne jurisprudence.

On y tenait pour constant que, lorsque la constitution de dot comprenait les biens présents et à venir, l'hypothèque pour donations faites à la femme, et pour sommes provenant de successions à elle échues pendant le mariage, remontait au jour du contrat. « Si » proponas, disait le président Favre, ab » initio constituta in dotem fuerint bona » etiam futura, quo casu haud dubie ante- » rioris temporis privilegium tota dos habe- » ret [2]. »

Cette jurisprudence était, je crois, conforme à la subtilité des principes; car, comme le dit Favre, « quoties numeratio sequitur » ex necessitate præcedentis obligationis, » inspicitur tempus obligationis, non nu- » merationis. »

Mais on a vu (n° 577) que le tribunat ayant fait remarquer que l'obligation du mari ne datait en réalité que du moment où il prenait l'administration des biens composant les successions et donations, c'est-à-dire du jour de l'ouverture de la succession, ou de l'acceptation de la donation, on préféra à la force des principes suivis dans l'ancienne jurisprudence, les règles plus équitables qui sont aujourd'hui dans la loi.

586. Mais il faut s'arrêter un moment ici pour interpréter ces expressions de notre article : *du jour que les donations auront leur effet*.

Laissons parler Merlin [3] :

« Cette expression un peu équivoque » pourrait signifier que l'hypothèque légale » est acquise du jour où le droit de percevoir » les sommes données est ouvert, ou bien » seulement du jour où elles ont été réelle- » ment acquittées entre les mains du mari.

» La première interprétation nous paraît » la meilleure; une donation a son effet du » moment où le droit qui en dérive est ac- » quis au donataire. D'un autre côté, lors-

[1] Corvinus, *de privilegio dotis*. Ferrières, Paris, art. 237, n° 7. Grenier, n° 243. *Supra*, n° 470 *bis*.

[2] *Code*, liv. 8, tit. 8, déf. 15. *Voy.* aussi Grenier, n° 32, et Dalloz, v° *Hyp.*, p. 159.

[3] *Répert.*, v° *Inscript.*, p. 204.

» qu'il s'agit de sommes dérivant d'une suc-
» cession ouverte au profit de la femme, le
» rang de l'hypothèque est positivement
» fixé au jour de l'ouverture de la succes-
» sion, quoique l'on sente très-bien que des
» termes apposés aux obligations, des opé-
» rations préliminaires, ou d'autres causes
» peuvent différer l'acquittement des som-
» mes à recouvrer longtemps après cette
» ouverture. Pourquoi les mêmes causes ne
» produiraient-elles pas les mêmes effets
» lorsqu'il s'agit d'une donation? Ainsi l'hy-
» pothèque devrait dater du jour de l'accep-
» tation de la donation, quand bien même
» les sommes acquises en vertu de la dona-
» tion ne parviendraient au mari que long-
» temps après [1]. »

587. Je reviens au développement du principe résultant de notre article, que la femme n'a hypothèque, pour ses droits éventuels dotaux, que du jour des réceptions faites par le mari.

J'ai parlé des successions et donations échues à la femme pendant le mariage. Le Code ne parle que de ces deux cas. Mais d'autres éventualités peuvent procurer à la femme une augmentation de sa dot. Il faudra suivre alors les règles tracées par le Code civil pour l'hypothèse analogue où il s'agit de succession ou donation.

Par exemple : une femme s'est constitué tous ses biens présents et à venir. Elle possède, au moment du mariage, une somme de 50,000 francs qui lui était obvenue par suite d'un partage avec son frère. Mais quelque temps après, la femme s'aperçoit qu'elle a été lésée, et par une action en rescision, elle force son frère à lui payer un supplément de dot de 40,000 francs.

Nul doute que cette somme ne soit dotale. Mais l'hypothèque qui lui est assurée remontera-t-elle au contrat de mariage? Oui, sans doute, d'après l'ancienne jurisprudence. Mais si je prends pour boussole les deux exemples que le Code civil a précisés dans notre article, je vois qu'il est dans l'esprit du législateur de faire dépendre la date de l'hypothèque de la femme, pour ses droits éventuels, du moment seul où le mari en est réellement investi, et je pense, par conséquent, que l'hypothèque, dans le cas posé, ne datera que du jour de la réception [2].

Autre cas : Une femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir. Parmi ses biens immeubles se trouve une maison soumise à pacte de rachat en faveur de Titius. Ce dernier se présente au temps fixé et compte au mari une somme de 25,000 fr., prix du réméré. L'hypothèque pour cette somme datera-t-elle du jour du mariage?

Cette question ne me paraît pas sans difficulté. Néanmoins je crois qu'elle doit recevoir une décision différente de la précédente, et qu'il faut dire que l'hypothèque datera du jour du mariage. Voici pourquoi.

La femme a eu hypothèque dès l'instant de son contrat de mariage pour la restitution de l'immeuble qu'elle s'était constitué en dot. Si le mari eût vendu cet immeuble dotal, la femme aurait dû être colloquée sur les biens de son mari pour la valeur de cet immeuble à la date de son contrat. Pourquoi devrait-il en être autrement dans le cas où l'immeuble sort des mains du mari, par suite de l'exercice d'un droit de réméré? La somme de 25,000 fr., qui lui est payée pour prix de ce réméré, n'est en quelque sorte que la représentation de l'immeuble remis au mari lors du mariage. Elle doit avoir la même hypothèque.

Il est un troisième cas à peu près semblable à celui-ci, et sur lequel Basnage [3] et Grenier [4] donnent une solution conforme à la mienne quoique par d'autres raisons, qu'on peut consulter.

Une femme s'est constitué des rentes en dot. Pendant le mariage, le débiteur de ces rentes les rachète ainsi qu'il en a le droit, et rembourse le capital au mari. On doit décider que l'hypothèque pour ce capital prendra date du jour du contrat de mariage.

Il est inutile d'avertir que ce cas et le précédent sont tout à fait différents du cas dont il sera question tout à l'heure relative-

[1] Persil est de cet avis, art. 2135, § 2, n° 7. *Voy.* aussi Dalloz, v° *Hyp.*, p. 153, n° 4.

[2] Dalloz est d'avis contraire, v° *Hyp.*, p. 154, n° 8. Mais je préfère l'opinion de Grenier, n° 233. Voy. *supra*, n° 585.

Nous pensons, au contraire, que l'hypothèque de la femme, dans ce cas, date du jour du mariage, parce que ce n'est pas un lucre éventuel qui lui obvient dans ce supplément. Le droit qu'elle y avait pas suite de la lésion qui lui avait été faite, date du partage ; par conséquent il lui était acquis au moment du mariage et se trouvait réellement pour elle *in bonis*; elle l'a donc apporté en mariage; il ne s'agissait dans la suite que de le réaliser par l'exercice de l'action. (*Note de l'éditeur belge.*)

[3] Chap. 13.

[4] T. 1, p. 500, n° 233.

ment au remploi de *propres aliénés*. Il ne s'agit pas ici d'aliénation volontaire de propres de la femme. Il s'agit d'aliénation forcée de biens dotaux, de remplacement d'un fonds dotal par une somme d'argent dotale.

§. J'ai dit plus haut (nº 505) que l'hypothèque légale n'avait lieu du jour du contrat de mariage que pour la dot effective et réelle, constituée de ce moment : d'après ce qui résulte du nº 584 *bis*, quoique la dot apportée par la femme soit soumise à des délais de payement, elle n'en est pas moins effective et réelle.

588. Je m'occupe maintenant de l'hypothèque de la femme pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari.

Ces créances ne trouvent place que dans le régime de la communauté. Elles n'ont d'hypothèque que du jour de l'obligation.

L'hypothèque pour indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari n'avait pas lieu originairement en France. Elle fut introduite par l'usage, sur ce qu'on présumait que la femme n'était pas absolument libre, et qu'elle ne contractait que pour prévenir des dissensions inévitables, en cas de refus de sa part [1].

Ceux qui avaient introduit cet usage avaient fait remonter l'hypothèque de la femme au jour du contrat de mariage [2].

Mais cette pratique était odieuse. Il était contraire aux bonnes règles qu'une femme eût une hypothèque antérieure aux obligations contractées par son mari envers elle. Mais il était surtout intolérable que les créanciers qui depuis le mariage avaient contracté avec le mari, fussent primés par la femme pour des droits nés postérieurement. Les sages observations du tribunat, rapportées ci-dessus, ont tari cette source d'abus et de fraudes.

J'aime à pouvoir les corroborer de l'opinion de Lamoignon : « Les hypothèques » données aux femmes *du jour du contrat de* » *mariage*, ou de la bénédiction nuptiale, » pour l'indemnité des dettes, ne sont *pas ré-* » *gulières;* car l'hypothèque, n'étant qu'ac» cessoire de l'obligation personnelle, ne » peut, selon les principes de droit, exister » en un temps auquel l'obligation person» nelle n'était pas encore conçue [3]. »

Et plus loin : « Dans le fond, l'hypothèque » donnée aux femmes du jour du contrat » de mariage, ou du jour de la bénédiction » nuptiale, est fort incommode au mari; » car elle soumet l'état, la condition et la » fortune du mari au caprice et à la fantaisie » de la femme. Si elle refuse de s'obliger » avec son mari, un homme riche d'un mil» lion demeure sans crédit, à cause que les » premières obligations du mari, auxquelles » la femme n'a point parlé, peuvent, si » elle change d'avis, être anéanties par des » obligations postérieures du mari et de la » femme, auxquels on donne, du chef de » la femme, une hypothèque du jour du » contrat de mariage. Et, supposé qu'il n'y » ait point de mauvaise humeur de la part » de la femme, si elle est mineure, et inca» pable de s'obliger, le mari se trouvera » dans l'impuissance d'emprunter dix écus, » à cause des obligations que la femme, par» venue en majorité, pourra faire avec son » mari, au préjudice et à la ruine des créan» ciers particuliers de son mari, quoique » antérieurs en hypothèque [4]. »

588 *bis*. On a agité une question intéressante et qui consiste à savoir si la femme peut, par son contrat de mariage, déroger à la disposition du Code qui veut que l'hypothèque *pour indemnité de dettes* prenne date des engagements, et si elle a pu convenir en se mariant que cette indemnité aurait hypothèque à compter du mariage. La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative par arrêt du 26 février 1829; à la vérité, dans l'espèce jugée par cet arrêt, il y avait cette circonstance particulière que le contrat de mariage avait dérogé à la coutume de Bretagne, conforme en cette partie au Code civil, et que l'on pouvait avoir plus d'indulgence pour une stipulation qui rentrait dans le droit commun de l'ancienne France [5]. Quoi qu'il en soit, Delvincourt et Dalloz se prononcent pour la validité d'une pareille convention, par la raison que les

[1] Lamoignon, t. 2, p. 133.

[2] Idem, p. 132. Grenier, nº 243.

[3] T. 2, p. 134.

[4] *Voy*. aussi Mornac, sur la loi 9, Dig. *qui potior*. — La loi n'attribue pas à la femme d'un commerçant tombé en faillite un droit de privilége ou de préférence sur les meubles de la communauté, pour la remplir de ses propres aliénés. (Brux., 11 mars 1831.)

[5] Le droit commun était en effet pour la rétroactivité de l'hypothèque, comme je l'ai dit au numéro précédent. *Voy*. aussi un arrêt de Dijon du 22 août 1825.

tiers peuvent toujours consulter le contrat de mariage [1].

Je ne saurais partager cette opinion. Le Code civil a été dirigé par des motifs d'ordre public. C'est, comme dit le tribunat, pour faire disparaître *une source de fraudes* (*supra*, n° 577) et pour remédier à un usage odieux. Or, les tribunaux ne doivent pas tolérer des conventions qui favorisent les fraudes, et qui, par conséquent, sont contraires aux bonnes mœurs.

Le motif donné par Delvincourt et Dalloz, que les tiers peuvent consulter le contrat de mariage, et ne pas contracter s'ils y trouvent des conditions onéreuses, serait tout au plus admissible pour les hypothèques conventionnelles; et encore resterait toujours la raison tirée de la violation de lois d'ordre public. Mais ce même motif est sans force pour ceux qui font valoir des hypothèques légales ou des hypothèques judiciaires. Le mineur a-t-il consulté le contrat de mariage de son tuteur pour savoir quel sera le rang de son hypothèque [2]?

589. A l'égard de l'hypothèque de la femme pour remploi de ses propres aliénés (ce qui est encore une créance appartenant au régime de la communauté), cette hypothèque n'est pas d'une origine fort ancienne; de Lamoignon dit que l'usage qui l'introduisit s'établit tacitement depuis les états de 1614.

Elle paraît juste; car, quoique la femme consente à l'aliénation de son propre, néanmoins il est à craindre que cette adhésion ne soit l'effet des sollicitations du mari; d'ailleurs, c'est le mari qui reçoit le prix de la vente, et qui dispose des deniers à sa volonté et sans le consentement de sa femme [3].

Cette hypothèque avait date du jour du contrat de mariage ou de la bénédiction nuptiale, et c'est encore ce que blâme de Lamoignon, parce que le mari n'est obligé à indemniser sa femme de la vente de ses propres, qu'autant que la vente a eu lieu, et qu'il est déraisonnable d'établir une hypothèque antérieure à l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

Cette jurisprudence avait encore un autre inconvénient, c'est qu'elle précipitait les femmes vers leur ruine, en ce qu'elle les rendait faciles à vendre leurs propres dans l'espérance d'entrer les premières en ordre, sur les biens de leur mari, pour leur remboursement.

Mais cette espérance était souvent trompée.

Les affaires du mari se dérangeaient, et l'hypothèque qui leur était accordée, loin de servir à elles-mêmes, ne profitait qu'aux créanciers envers lesquels elles s'étaient obligées, et qui venaient en sous-ordre exercer leurs droits [4].

Aujourd'hui l'hypothèque de la femme pour le remploi de ses propres aliénés n'a de rang que du jour de la vente faite par son mari [5].

De Lamoignon pense [6] que, si la vente s'effectuait en vertu d'une clause du contrat de mariage, qui aurait permis au mari l'aliénation *des propres* de la femme, pour les affaires dudit mari, alors on serait fondé à prétendre l'hypothèque du jour du contrat.

Mais j'estime que, dans les principes du Code civil, cette décision ne doit pas être suivie [7].

La condition d'aliéner, qui est ici la condition de l'hypothèque légale, est potestative de la part du mari, débiteur de cette hypothèque. Elle ne peut rétroagir au préjudice des tiers (*supra*, n° 474). L'hypothèque ne peut donc avoir de date que du jour de l'événement de la vente.

589 *bis*. Doit-on appliquer à l'aliénation du fonds dotal faite par le mari, la même décision que pour les propres de la femme aliénés?

Je ne le crois pas. Le mari qui a vendu le

[1] Delvincourt, t. 8, n° 7, p. 108. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 153.

[2] Mon opinion paraît être aussi celle de Grenier, n° 242, *in fine*.

[3] Ferrières, Paris, art. 237, n° 13.

[4] Lamoignon, t. 2, p. 135.

[5] Lorsqu'une femme a contracté une dette avec son mari par acte sous seing privé, l'hypothèque légale qui lui est accordée pour garantie de son indemnité ne peut primer les hypothèques des créanciers du mari, si le titre dont elle résulte n'a pas acquis de date certaine avant leur inscription, conformément à l'art. 1328, Code civil. (Art. 1328, 2135, Code civil; art. 631, 637, 638, Code de commerce.)

Ainsi est non recevable l'offre de prouver par témoins la date de ce titre. (Liége, 28 déc. 1842. *Sic*, Persil, comm. sur l'art. 2135, § 2, n° 11, 2e alinéa; Zachariæ, *Droit civ.*, § 264 en note; et Bellot des Minières.)

[6] C'était une ancienne jurisprudence attestée par Brodeau, sur Louet, l. R, n° 30, et par Ferrières, Paris, article 237, n° 7.

[7] D'après Ferrières, elle était contraire à la loi 11, Dig. *qui potior*.

bien propre de la femme n'avait, avant cette vente, contracté envers elle aucune obligation relative à ce genre de propriété. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de son bien, qu'il s'oblige à l'en indemniser; l'aliénation engendre seule l'obligation, et l'obligation donne naissance à l'hypothèque.

Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il avait promise, dès l'instant du contrat de mariage. L'hypothèque grevait tout son avoir bien longtemps avant la vente du fonds dotal; cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque : elle n'est que l'événement qui force la femme à en user.

Si la vente a été faite en vertu d'une clause du contrat de mariage qui autorisait la vente du fonds dotal, la solution doit être la même. La dot est une charge dont le mari a été grevé dès l'instant du mariage. La sûreté des sommes qui la remplacent doit donc remonter à cette époque. C'est ce qu'a jugé avec raison un arrêt de cassation du 27 juillet 1826 [1].

Au surplus, j'ai dit (n° 574) que, par remploi de *propres*, notre article entend parler aussi des paraphernaux aliénés.

Quant à la question de savoir si la femme peut stipuler par son contrat de mariage que l'hypothèque pour remploi de ses propres aliénés remonte au mariage, appliquez ce que j'ai dit *supra*, n° 588 *bis*.

590. Les créances paraphernales de la femme ayant, comme il a été dit, une hypothèque légale dispensée d'inscription sur les biens du mari, il convient d'examiner quelle est la date de cette hypothèque.

En thèse générale, c'est la femme qui a la jouissance et l'administration de ses paraphernaux.

Mais il est possible que, par suite de différentes combinaisons, le mari soit détenteur des sommes extradotales. Par exemple :

La femme peut stipuler par son contrat de mariage, que son mari restera dépositaire de ses sommes paraphernales. Justinien donne un exemple de cette convention dans la loi 11. C. *de pact. convent. super dot.*, etc.

Pendant le mariage, elle peut lui donner le mandat de les colloquer avantageusement et de les administrer.

Le mari peut s'en emparer despotiquement.

Dans tous ces différents cas, la loi a donné une hypothèque à la femme pour la reprise de ses paraphernaux; mais elle ne précise pas l'époque où il faut fixer la naissance de cette hypothèque.

Cette question ne présente en droit que peu de difficultés.

L'hypothèque, étant l'accessoire de l'obligation personnelle, commence lorsque l'obligation personnelle est formée.

Or, il est évident qu'il n'y a d'obligation personnelle pour le mari, que du moment qu'il a reçu les sommes paraphernales : c'est donc dès l'instant de la réception que date l'hypothèque. La loi 11, au Code, tout à l'heure citée, en porte une décision formelle [2].

591. Par quels moyens la femme peut-elle prouver la réception des sommes extradotales par son mari?

Il est souvent fort difficile que la femme se procure un titre : elle est sous l'influence et sous l'autorité de son mari. Celui-ci peut lui refuser une reconnaissance, et il est certain qu'il la lui refusera toujours, lorsqu'il se sera emparé malgré elle de ses paraphernaux.

Je crois que la preuve testimoniale doit être admise sans difficulté, sans quoi une femme serait le plus souvent exposée à la perte de ses paraphernaux [3].

592. D'après la jurisprudence qui a précédé le Code civil, la dot pouvait être augmentée pendant le mariage [4], et l'augment de dot s'identifiait avec la dot principale et jouissait des mêmes priviléges qu'elle.

Néanmoins, l'augment de dot n'avait pas tous les avantages de la dot, en ce qui concerne le privilége de l'hypothèque.

L'empereur Justin voulut que l'augment de dot n'eût d'hypothèque que du jour de l'augmentation et non point du jour du mariage [5].

---

[1] *Junge* arrêt de Grenoble du 6 janvier 1831.

[2] Grenier, n° 232.

[3] La femme dont le mari était commerçant lors de la célébration du mariage, peut, dans tous les cas où il ne s'agit pas de l'exercice de son hypothèque légale, établir par témoins, et même par commune renommée, l'importance des successions mobilières à elle échues pendant le mariage, et dont les valeurs n'ont point été constatées par inventaire. (Douai, 27 mai 1841.)

[4] L. 19, C. *de donat. ante*.

[5] L. 19, C. *idem*.

Mais Justinien, par sa novelle 97, chap. 2, dérogea à cette loi. Il fit une distinction entre l'augment fait en immeubles et l'augment fait en meubles. Dans le premier cas, il voulut que la femme eût une hypothèque privilégiée tant pour la dot que pour l'augment.

Dans le second, c'est-à-dire si l'augment est fait en meubles, Justinien sous-distingue, si le mari a des créanciers dans le temps de l'augmentation de la dot, ou s'il n'en a pas. S'il en a, il ne veut pas que la femme ait privilége sur les créanciers antérieurs. Son hypothèque ne doit compter que du jour de l'augmentation. S'il n'en a pas, l'augment a une hypothèque privilégiée, comme dans le cas d'augment fait en immeubles [1].

On sait que, d'après le Code civil, la dot ne peut plus être augmentée pendant le mariage. Ainsi, tout ce qui échoit à la femme de plus que ce qui est constitué par le contrat de mariage, est paraphernal. Il est donc évident que l'hypothèque ne peut être prétendue que du jour de la réception par le mari.

Par exemple, une femme se constitue en dot une somme de 50,000 fr. qui lui appartient en vertu d'un partage qu'elle a fait avec son frère. Par suite d'une action en rescision contre ce partage pour cause de lésion, elle force son frère à lui payer une autre somme de 50,000 fr. qui complète la totalité de sa part afférente, et que son mari touche en vertu de sa procuration. Il est certain que cette somme n'est pas dotale, et qu'elle ne peut même le devenir par aucune convention, intervenue entre le mari et la femme, postérieure au contrat de mariage. Cette somme étant paraphernale, l'hypothèque n'aura de rang que du jour de la réception [2].

593. Comme dans beaucoup de cas énumérés ci-dessus, c'est du jour de la réception des sommes dotales que date l'hypothèque de la femme; il faut voir ici dans quelle forme doivent être les quittances de dot pour pouvoir être opposées aux tiers.

Ce point a longtemps partagé les esprits. On n'était pas d'accord sur la question de savoir si les tiers pouvaient critiquer les quittances de dot non authentiques.

Les uns, se fondant sur l'art. 130 de l'ordonnance de 1629, portant « toute quittance de dot sera passée devant notaires, » à peine de nullité pour le regard des » tiers, » et sur la disposition d'une déclaration du 6 mars 1696, qui exigeait que les quittances de dot fussent passées devant notaires, voulaient qu'on ne pût opposer aux tiers créanciers des quittances sous seing privé.

Les autres soutenaient que l'ordonnance de 1629 n'avait jamais eu force de loi dans la plupart des parlements du royaume; que la déclaration de 1696 n'était qu'une loi bursale; qu'il ne fallait pas la suivre, parce qu'il pouvait en résulter un grand préjudice pour les femmes.

La jurisprudence était fort incertaine, comme on peut le voir dans Denizart, v° *Dot*, n° 57, et dans Merlin, *Répertoire* v° *Dot*, § 3.

Mais enfin elle fut fixée par un arrêt du parlement de Paris du 3 septembre 1781. Il fut décidé que rien n'obligeait la femme à présenter aux créanciers des quittances authentiques.

En effet, le seul point à examiner est de savoir si la quittance est sincère, ou bien si elle est entachée de fraude. Il peut même arriver souvent que le mari, *tanquam potentior,* ne veuille pas donner quittance à sa femme, et alors ce serait exposer les droits de la femme que de ne pas lui permettre la preuve testimoniale. Ce point a été ainsi jugé par deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 1er février 1816, l'autre du 16 juillet 1817, approuvé par Merlin [3] et par Grenier [4].

Je m'y rallie aussi, soit qu'il y ait eu contrat de mariage, soit qu'il n'y en ait pas eu.

Quand il y a eu un contrat de mariage qui spécifie les apports matrimoniaux de la femme, ou même un contrat par lequel une femme se constitue tous ses biens présents et à venir, il existe un fait d'où découle la présomption que des payements ont dû être opérés par suite du contrat. Seulement, pour éloigner toute idée d'avantages entre époux, la femme doit prouver d'où proviennent les

---

[1] Cujas, sur la nov. 97. Favre, *Code*, lib. 8, tit. 8, déf. 15. Despeisses, t. 1, p. 458, n° 37. Voet, lib. 20, tit. 4, n° 21. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, chap. 6, q. 34.

[2] Henrys, liv. 4, chap. 6, q. 34.

[3] *Quest. de droit*, v° *Hyp.*

[4] *Hyp.*, n° 234. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 147 et suiv. *Voir* aussi Metz, 18 juillet 1820.

deniers dont il n'est pas parlé dans le contrat de mariage, *unde habuit* [1].

S'il n'y a pas de contrat, la femme doit également prouver *unde habuit*. Mais, cela fait, s'il n'y a pas d'indices de fraude, les quittances données par le mari doivent faire foi, en quelque forme qu'elles soient [2] : si même il n'y en a pas, on peut constater par témoins le fait et la date des payements.

Je crois devoir citer sur cette question l'opinion toujours si prépondérante du président Favre : « Et si verum est, mariti » confessionem de dote recepta constante » matrimonio factam, si neque numeratio » intervenerit, neque dotis constitutio præ» cesserit, suspectissimam esse, nec credi» toribus etiam posterioribus nocere, *non* » *tamen est id perpetuum;* nam si confessio » *probabilem causam* habeat, asserente marito » *redactam pecuniam ex venditione rei ad* » *uxorem pertinentis*, remque ipsam et ven» ditionis diem, adeoque notarii qui instru» mentum conscripserit personam desig» nante, *vix ulla fraudis suspicio subesse* » *potest*. »

594. Les droits des femmes des commerçants faillis sont modifiés par d'importantes dispositions du Code de commerce. On peut consulter les art. 544 et suivants de ce Code [3].

595. Occupons-nous des cessions que peut faire la femme de son hypothèque légale.

La femme peut renoncer à son hypothèque légale soit en faveur de son mari, soit en faveurs des tiers.

Je parlerai sous l'art. 2140 et suivants de la renonciation que peut faire la femme en faveur de son mari. Je n'envisage ici que ses renonciations en faveur des tiers.

Pour traiter cette matière avec ordre, je m'occuperai de la femme mariée sous le régime dotal, ensuite de la femme mariée sous le régime de la communauté.

596. La loi *jubemus* 21, au C. *ad S. C. Vellejan.*, permettait aux femmes de renoncer à leur hypothèque légale en faveur d'un tiers. Voici comment la glose d'Accurse explique cette loi :

« Certum est quod mulier habet omnia » bona mariti tacite hypothecata pro *dote* » *sua :* pone ergo quod aliquis vult contra» here cum marito alicujus mulieris, sed » dubitat contrahere, quia sunt omnia bona » sua obligata mulieri; an ipsa possit renun» tiare juri hypothecæ vel pignori quæri» tur? Respondeo quod sic. Sed tamen si » renuntiavit in uno contractu vel duobus » etiam verbis generalibus, non debet hæc » renuntiatio trahi ad alias personas nec ad » alias res, vel alios contractus nisi de qui» bus actum est [4]. »

Ceci ne contrarierait pas le principe que, par le S. C. Velléien, une femme ne pouvait se rendre caution pour un tiers. Car la renonciation à l'hypothèque n'était pas un cautionnement.

« Quamvis pignoris datio intercessionem » faciat, tamen Julianus, lib. 12, Dig., scri» bit *redditionem pignoris*, si creditrix mu» lier rem quam pignori acceperat debitori » liberaverit non esse intercessionem [5]. »

On considérait en outre que si la loi avait cru nécessaire de donner à la femme une hypothèque légale pour la sûreté de sa dot, la prévision de l'homme pouvait faire cesser la prévision de la loi ; *provisio hominis provisionem legis excludit*, comme dit la glose par argument de la loi dernière, au *C. de pactis convent.*

597. Mais il ne faut pas conclure de tout ceci que la femme eût un droit illimité pour renoncer à son hypothèque légale.

Tous les interprètes, et notamment Bartole, sur la loi *jubemus*, avaient ouvert l'avis que la femme ne pouvait renoncer à son hypothèque légale, qu'autant qu'elle ne se préjudiciait pas, et qu'à l'époque de la restitution de la dot il restait assez de bien à son mari pour lui rendre intégralement ses apports matrimoniaux. Sans cela, on eût permis à la femme de faire péricliter sa dot, et des lois d'ordre public s'opposaient avec énergie à cet abus.

Ainsi, si par l'événement le mari n'était pas solvable, la renonciation de la femme était considérée comme non avenue, et elle

---

[1] Favre, C. *de dote cauta non numerata*, lib. 5, tit. 10, déf. 1. Despeisses, t. 1, p. 291, n° 85. Coquille, q. 120. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, chap. 6, q. 34.

[2] Angers, 23 juillet 1830.

[3] J'ai examiné, dans mon *Comm. de la vente* (nos 906 et 930), plusieurs questions intéressantes qui touchent aux cessions d'hypothèque en général, et particulièrement aux cessions par effets négociables. *Voir* la note sous le n° 589 ci-dessus.

[4] C'est sur ce principe que la renonciation ne profite qu'à ceux en faveur de qui elle est faite, qu'a été rendu l'arrêt de la cour de cassation du 20 août 1816.

[5] L. 8, Dig. *ad. S. C. Vellej.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 441, n° 19. Perezius, lib. 4, tit. 29, n° 9.

rentrait dans ses droits hypothécaires [1].

Pour ne pas multiplier les citations, je rapporte le passage suivant du président Favre.

« Nemo dubitat quin possit mulier, etiam » constante matrimonio, pignoris obligatio- » nem, sibi in hac aut illa re, sive expresse, » sive tacite quæsitam, ultra remittere, si » modo alia bona supersint marito, ex qui- » bus illa indemnitatem consequi possit [2]. »

Par exemple, Titius possède une fortune de 100,000 fr.; il épouse Caïa, qui lui apporte une dot de 20,000 fr. Quelque temps après il veut vendre à Sempronius une maison qu'il possède, mais que ce dernier répugne à acheter à cause de l'hypothèque légale de Caïa. Celle-ci, pour lever la difficulté, renonce à son droit d'hypothèque en faveur de Sempronius, et la vente se fait pour une somme de 20,000 fr. Titius fait plus tard de mauvaises affaires. Il dissipe son patrimoine et meurt insolvable. Sa femme n'a d'autre recours pour récupérer sa dot que sur la maison vendue à Sempronius; mais elle a renoncé à ce recours. N'importe! cette renonciation, ayant pour résultat de la préjudicier dans une matière qui touche à l'intérêt public, doit être considérée comme non avenue. Elle pourra exercer son droit hypothécaire sur cette maison.

698. Mais, dira-t-on, cette renonciation de la femme est donc quelque chose d'inutile?

Nullement : il y a des cas où elle est fort avantageuse pour celui qui l'a obtenue.

Par exemple, supposez que Titius, après avoir vendu à Sempronius la maison dont j'ai parlé ci-dessus avec renonciation à l'hypothèque légale de la part de Caïa, vende un immeuble de 40,000 fr. à Mœvius, sans aucune renonciation d'hypothèque. Titius tombe en déconfiture. Si sa femme n'avait pas renoncé à son hypothèque légale en faveur de Sempronius, elle pourrait actionner ce dernier pour être remplie de sa dot. Mais ici son recours sera circonscrit sur la personne de Mœvius, et, comme il sera suffisant pour garantir son apport, Sempronius sera à l'abri des poursuites.

599. La renonciation de la femme mariée sous le régime dotal à son hypothèque légale pouvait se faire *tacitement ou expressément.* Les lois romaines regardaient [3] comme constituant une remise tacite de l'hypothèque, l'assistance de la femme au contrat de vente, et son consentement à l'aliénation avec promesse d'éviction. Car si elle eût voulu agir ensuite hypothécairement contre le tiers détenteur, elle eût été repoussée par la règle *quem de evectione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* [4].

La loi 11 Dig., *quib. mod. pignus solv.*, décide aussi que la femme qui assiste avec son mari au contrat par lequel celui-ci constitue à sa fille une dot sur un bien soumis à l'hypothèque légale, est censée faire remise de son hypothèque sur ce bien.

D'autres lois prévoient un autre cas; la loi 12, Dig., même titre, veut que le consentement donné par le créancier hypothécaire à ce que le bien qui lui est hypothéqué soit affecté à un autre, équivaille à une renonciation d'hypothèque au profit de ce dernier. Même décision dans la loi 12, § 4, Dig. *qui potior.* Ces textes s'étendent à la femme, et doivent servir de règle.

600. Les commentateurs du droit romain agitaient ensuite une autre question, qui était l'objet des plus grandes controverses, *una ex insolubilibus*, dit Charles-Antoine Deluca [5].

Quel est l'effet de la renonciation tacite de la femme? Cette renonciation a-t-elle seulement pour effet d'exclure la femme de tout recours contre celui en faveur de qui elle a renoncé, ou bien transfère-t-elle le privilége dont la femme était investie?

Charles-Antoine Deluca prétend que l'opinion commune était que, lorsque la femme avait simplement renoncé, celui avec qui elle avait contracté n'avait d'autre droit que d'exclure la femme de son recours hypothécaire; mais que, si la femme avait

---

[1] Bartole, *loc. cit.* Galleratus, *de renunciat.*, t. 1, centur. 1, ren. 66. Olea, *de cessione jurium*, t. 3, q. 3, nº 11. Favre, *Code*, lib. 4, tit. 21, déf. 15 et 26, lib. 8, tit. 15, déf. 3 et 7.

[2] Lib. 8, tit. 15, déf. 3.

[3] L. 4, § 1, Dig. *quib. modis pignus.* L. 158, Dig. *de reg. juris.* L. 2, C. *de remissione pignoris.* Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 383, 384.

[4] Favre, *Code*, lib. 4, tit. 21, déf. 15. Olea, *de cessione jurium*, t. 15, q. 3, nº 11.

[5] Il ne faut pas le confondre avec le célèbre cardinal de Luca, qui a, en Italie, la même réputation que Merlin en France, et qu'on appelle *doctor vulgaris.* Celui que je cite a écrit un *Spicilegium de cessione jurium. Quest.* 15, nº 10.

fait cession de ses droits, le cessionnaire était subrogé à son privilége, et excluait les créanciers primés par la femme [1].

« Censeo, dit cet auteur, censeo resol- » vendum quod si mulier *renuntiavit solum* » *hypothecæ*, is qui contraxit excludet so- » lum mulierem a dictis bonis, non credi- » tores qui *ante ipsum contraxerunt;* si mu- » lier *fecit cessionem jurium,* tum contrahens » excluderet etiam creditores, quos mulier » præcedebat, ejus locum repræsentando. » Ita Cancerius, n[is] 120 et 121, ubi ita judi- » casse senatum refert. »

Mais c'étaient là des subtilités qui mettaient l'esprit à la torture sans l'éclairer. En consultant la raison, on ne voit pas la différence pratique qu'il peut y avoir entre les deux cas.

Par exemple, Pierre emprunte de l'argent à Tertius sous l'hypothèque du fonds Cornélien. La femme de Pierre comparaît au contrat, et renonce à son hypothèque sur ce fonds. Pierre étant tombé en faillite, le fonds Cornélien est vendu ; alors se présentent à l'ordre : 1° la femme de Pierre pour 4,000 francs; 2° Secundus pour 5,000 francs; 3° Tertius pour 4,000 francs.

D'après l'argument qu'on peut tirer de la loi Claudius Felix 16, Dig. *qui potior* [2], voici ce qui arrivera. On prélèvera les fonds dus à la femme de Pierre; mais cette somme sera donnée à Tertius en vertu de la renonciation que l'épouse a faite en sa faveur. Secundus touchera ensuite en deuxième ordre les 5,000 fr. qui lui sont dus. S'il reste des fonds, la femme les prendra en place de Tertius. Ainsi l'épouse sera créancière chirographaire à l'égard de Tertius. Mais son rang n'en subsistera pas moins pour laisser Secundus au second rang. Car ce qui est intervenu entre Tertius et l'épouse de Pierre est pour lui *res inter alios acta*.

Ce qui faisait illusion à certains auteurs, c'était le raisonnement qu'ils mettaient dans la bouche de Secundus : « Vous Tertius, » vous excluez l'épouse de Pierre par suite » d'arrangements particuliers; mais moi je » vous suis préférable : donc je dois pren- » dre le premier rang. » D'un autre côté, ils sentaient bien que Tertius pouvait se servir avec avantage de la maxime « *si vinco vincentem te, a fortiori vincam te,* » et dire à Secundus : « J'exclus l'épouse qui vous est » préférable : donc je vous suis préférable. » Dans ce conflit de prétentions opposées, ces auteurs ne voyaient qu'un cercle dont il était impossible de sortir. Aussi Huberus nous apprend-il qu'une difficulté à peu près semblable s'étant présentée de son temps, les parties en vinrent à une transaction, après un grand débat et un partage entre les juges.

Mais rien au fond n'était plus simple. Secundus ne devait ni perdre ni gagner à la renonciation de la femme (n° 596). La femme restait toujours là pour le primer, sauf à remettre à Tertius le montant de sa collocation.

Supposons maintenant qu'au lieu de renoncer purement et simplement à son hypothèque, la femme aille plus loin, et cède tous ses droits à Tertius. Dans ce cas, Tertius, prenant la place de la femme et étant son représentant, son ayant cause, primera de son chef Secundus.

Mais, de bonne foi, quelle différence y a-t-il entre ces cas et le premier? Il n'y en a pas de réelle et d'effective. Tout ce qui établit une nuance entre une espèce et l'autre, c'est que, dans la première espèce, la femme se montre *nomine proprio*, contre les autres créanciers hypothécaires, au lieu que, dans la seconde, c'est son cessionnaire qui prend sa place. Ainsi, dans le premier cas, on fait *recta via* ce qui, dans le second, ne s'opère que d'une manière oblique. On conviendra que ce n'était pas la peine de dire que la difficulté était *ex insolubilibus*. Concluons donc qu'il n'y a aucune différence dans le cas où la femme cède ses droits et celui où elle renonce simplement à ses droits.

600 *bis*. Je ne terminerai pas ceci sans dire que Proudhon [3] veut qu'il y ait une différence entre la renonciation *in favorem* et la cession expresse que la femme ferait de son hypothèque. « *La renonciation* (même » *in favorem*), dit cet auteur, *n'est que pri-* » *vative pour celui qui* la fait..... C'est un » acte d'abstention par lequel la femme pro- » met *de ne pas se prévaloir des avantages* » qu'elle pourrait avoir sur le prêteur; *mais* » *il ne peut en résulter ni transport ni déléga-*

[1] Olea et Deluca, *loc. cit.*
[2] *Voy.* l'interprétation de cette loi dans les prélections d'Huberus, lib. 20, tit. 4, n[os] 30, 31, p. 1065, et les explications de Toullier, conformes à celles de ce jurisconsulte, t. 5, n° 197.
[3] Proudhon, *Usufruit*, n° 2339.

» *tion de droit à faire valoir sur des tiers.* »

Proudhon me paraît faire ici confusion. On distingue plusieurs sortes de renonciations, les renonciations *abdicatives* ou *extinctives*, et les renonciations *translatives* ou *in favorem*. Les premières seules ont les effets signalés par Proudhon. Mais la renonciation *in favorem* est une vraie *cession* [1]. Elle transfère des droits à autrui. « *Alia vero* » (*renuntiatio*) *translativa dicitur,* dit le cardinal de Luca [2], quæ in ipso renuntiante » jurium vel bonorum..... præsupponit ac- » quisitionem, *eademque jura in renuntiata-* » *rium* transfert, etc. »

De plus, comme je l'ai dit au numéro précédent, on ne conçoit pas que la femme soit exclue, sans qu'au même instant sa place soit prise *directement* ou *indirectement* par celui en faveur de qui elle a promis de s'abstenir. Il a donc nécessairement ici un effet, qui est celui de la cession. Car si la renonciation de la femme était purement *abdicative*, sans aucune idée de cession, son rang serait pris par le créancier venant immédiatement après elle, et non pas par celui avec qui elle aurait traité.

601. Tels sont les principaux points de la question d'après les principes du droit romain. Les auteurs modernes n'ont pas fait ces distinctions; car ils décident en général que la renonciation à l'hypothèque légale faite par la femme mariée sous le régime dotal est frappée de nullité, sans s'embarrasser de distinguer le cas où cette renonnonciation peut compromettre la sûreté de la dot, du cas où elle ne nuit en aucune manière à la conservation de ses droits [3]. Persil [4] dit : « Qu'une femme mariée sous » le régime dotal ne puisse renoncer à son » hypothèque [5], ou la restreindre en ga- » rantissant la vente faite par son mari, ou » s'obligeant solidairement avec lui, *c'est ce* » *dont on ne saurait douter*. La renonciation » ou cession que cette femme a faite *est* » *frappée de nullité;* parce qu'elle constitue » une aliénation de fonds dotal; car il est » indifférent que cette femme aliène ses » biens dotaux, ou qu'elle consente à la » privation de toute garantie. » Mêmes assertions dans une dissertation de Rolland de Villargues.

Persil cite, à l'appui de sa doctrine, un arrêt de cassation dont il ne donne pas la date, mais qui est du 28 juin 1810. Cette décision de la cour suprême n'est nullement contraire au système des commentateurs du droit romain. Car, dans l'espèce, la dame Pichat, qui avait renoncé à son hypothèque légale au profit des créanciers de son mari, se voyait *ruinée* par cette renonciation.

Il est vrai qu'un arrêt de la même cour, du 19 novembre 1833, paraît plus absolu. Mais la question ne fut pas débattue devant la cour suprême avec les autorités que je viens de faire passer sous les yeux du lecteur, et il ne paraît pas qu'on ait même discuté le point de savoir si la renonciation de la femme compromettait sa dot.

Il ne faut pas hésiter à dire qu'une femme mariée sous le régime dotal ne peut revenir contre les renonciations qu'elle a faites de son hypothèque, toutes les fois que sa dot n'en éprouve pas de préjudice [6]. Nous verrons (n° 649) que la femme mariée sous ce régime peut aussi renoncer à son hypothèque en faveur de son mari.

Passons aux renonciations d'hypothèque consenties par une femme *commune* au profit d'un tiers.

602. Dans les commencements, on a voulu contester à la femme mariée sous le régime de la communauté, le droit de renoncer à son hypothèque légale. Mais les doutes ont été bientôt résolus. Capable de toute espèce d'obligations et même d'aliéner ses immeubles, la femme commune peut à plus forte raison renoncer à l'hypothèque qui sert de garantie à sa dot. Qui peut le plus peut le moins [7]. C'est ce qui fut reconnu très-positivement lors des discussions au conseil d'État par Tronchet et Regnaud. On peut

[1] Furgole, Comm. sur l'art. 28 de l'ord. des substit., p. 162.

[2] *De renuntiationibus*, t. 2, disc. 1, n°s 5 et 6. Voy. *infra*, n° 643 *bis*.

[3] Il a été jugé que la femme mariée sous le régime dotal ne peut valablement consentir une subrogation dans son hypothèque légale, bien que sa dot soit purement mobilière. (Code civil, art. 1554 et 2121. Paris, 10 août 1831, et rejet, 26 mai 1836. *Sic*, Persil, *Rég. hyp.*, art. 2121, n° 20, et art. 2144, n° 9; Tessier, *de la Dot*, t. 1, n° 63, lettre B. *Secus*, Troplong et Toullier, t. 14, n° 174.)

[4] *Rég. hyp.*, sur l'art. 2135.

[5] Cambacérès, quoique d'un pays de droit écrit, disait au conseil d'État, « qu'il n'y avait aucun cas où il fût » permis à une femme de se dépouiller de ses hypothè- » ques légales ! »

[6] *Voy.* un arrêt de cass. du 20 avril 1826.

[7] *Répert.*, v° *Transcript.*, p. 118, et le réquisitoire de Merlin, en note. Persil, sur l'art. 2135.

lire dans Locré [1] les débats auxquels donna lieu l'art. 2140 du Code civil ; on en verra la preuve.

603. Ce principe incontestable étant une fois reconnu, il convient d'examiner les effets de la renonciation de la femme à l'égard des créanciers.

D'abord, la renonciation de la femme en faveur d'un des créanciers a le même effet qu'une cession de ses droits. Appliquez ici ce que j'ai dit n°s 600 et 600 *bis*.

Cette renonciation peut se faire tacitement ou expressément. Elle a lieu tacitement lorsque la femme consent à la vente de l'objet sur lequel pèse son hypothèque (*supra*, n° 599), ou bien lorsque la femme consent à une hypothèque sur le fonds qui lui a été hypothéqué [2]. Dans ces deux cas, la femme qui parle au contrat, renonce *in favorem*, et cette renonciation produit le même effet que si elle subrogeait dans tous ses droits [3].

Lorsque le mari et la femme se sont obligés solidairement, *mais sans aucune affectation hypothécaire sur les biens du mari*, on ne peut pas dire qu'il y ait renonciation à l'hypothèque de la femme [4]. Le contraire a cependant été jugé par arrêt du 2 juin 1823 de la cour de Limoges, dans une espèce où les sieur et dame de Ligondeix avaient acheté un immeuble et s'étaient obligés solidairement au payement du prix, *mais sans consentir à aucune hypothèque pour sa sûreté*; du moins, l'arrestographe ne parle en aucune manière d'une hypothèque promise. Néanmoins la cour de Limoges décida que cet *engagement solidaire équipollait* à une cession des droits hypothécaires de la femme sur son mari; et ce qu'il y a de plus fort, c'est que le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par arrêt de la cour de cassation du 17 avril 1827, avec approbation de la solution donnée par la cour de Limoges. Mais il est clair qu'une pareille interprétation n'est qu'une torture donnée au sens des actes; c'est deviner et non juger. En droit, le créancier n'avait que la ressource du *sous-ordre* pour s'emparer du montant de la collocation de la femme (art. 778, du Code proc. civ.), si celle-ci n'avait pas aliéné son droit au profit d'autres créanciers (n° 606) [5].

Quid lorsque le mari s'est obligé avec hypothèque sur ses biens au payement d'une somme, et que la femme s'oblige *solidairement* avec lui? On peut dire que la présence de la femme à l'acte, jointe à l'adhésion qu'elle donne à l'obligation personnelle du mari, est un acquiescement donné à la stipulation par laquelle l'immeuble est hypothéqué au profit du créancier [6].

Mais il faudrait en décider autrement si le mari s'étant obligé, par un premier acte portant hypothèque, au payement d'une somme d'argent, la femme s'obligeait, *par un acte subséquent*, au payement de cette même somme, sans rien promettre à l'égard de l'hypothèque. Ici on ne pourrait pas argumenter de la présence de la femme, de son approbation tacite à l'hypothèque donnée sous ses yeux sur l'immeuble qui lui est déjà engagé et au profit d'un individu dont elle se reconnaît débitrice. L'obligation de la femme devrait être prise telle qu'elle se présente, comme simple obligation personnelle. Le créancier n'aurait à son égard que la ressource du sous-ordre.

C'est, je crois, avec cette distinction qu'on peut concilier les opinions contraires des auteurs [7].

604. Voyons maintenant l'influence que la renonciation de la femme exerce à l'égard

---

[1] Locré, t. 8, p. 206.

[2] L. 4, § 1. L. 8, § 6. L. 9, § 1, Dig. *quib. mod.*

[3] Angers, 19 juin 1823. Bourges, 17 mai 1823. Amiens, 17 mars 1823. Paris, 1er juin 1807. Idem, 11 mars 1813, Lyon, 22 juillet 1819. Nancy, 22 mai 1826. Cass., 2 avril 1829. Grenier, n° 255. *Supra*, n°s 600 et 600 *bis*. *Infra*, n° 606.

[4] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 170.

[5] Mon opinion n'est nullement contrariée par un arrêt de la cour de cassation du 25 février 1834. Cet arrêt est fondé tout entier sur cette idée, savoir, que le créancier avait consenti à recevoir divisément la part de la femme dans la dette solidaire, qu'il avait donné décharge à ses héritiers, et qu'ainsi il n'avait plus aucun droit à exercer du chef de la femme. Du reste, il ne traite pas la question de subrogation. *Voy.*, dans mon sens, un arrêt de la cour de Paris du 20 juillet 1833.

[6] Arg. de la loi 12, § 4, Dig. *quib. modis pignus solv.*

Il ne peut pas résulter de renonciation tacite de la femme, de la circonstance que, dans ce cas, elle assiste au même acte; la dation de l'hypothèque par le mari seul sur ses propres, peut très-bien, dans l'intention de la femme, n'avoir lieu que sans préjudice à son hypothèque légale. Quant à la solidarité, elle ne frappe que sur le payement de la dette et n'a aucun trait à l'hypothèque. Nous inclinons à croire que, dans l'exemple proposé, la femme ne peut pas être présumée avoir renoncé. L'argument tiré de la loi 12 ff. *quib. mod. pign. solv.*, ne peut valoir ici ; car cette loi suppose le consentement exprès du premier créancier hypothécaire : *antiquiorem creditorem consentientem*, dit-elle. (*Note de l'éditeur belge*.)

[7] Grenier, n° 254; Proudhon, n° 2334; Dalloz. v° *Hyp.*, p. 170, n° 7.

des autres créanciers. Ils sont antérieurs ou postérieurs.

605. 1er cas. *Créanciers postérieurs.*

Lorsque la femme renonce tacitement à faire valoir son hypothèque légale au profit d'un individu, elle ne peut, au préjudice de ce créancier, céder expressément à d'autres une hypothèque légale dont elle s'est dépouillée. Il est évident que les créanciers postérieurs ne pourront, dans aucun cas, opposer au créancier antérieur une subrogation faite en leur faveur postérieurement à la renonciation qui a investi celui-ci d'une exception pour repousser la femme qui voudrait agir contre lui.

Exemple. Dans un ordre ouvert pour la distribution du prix provenant de la vente des immeubles d'un sieur Quinard, deux créanciers produisirent. Le sieur Boucher, premier inscrit, avait une hypothèque qui lui avait été solidairement consentie par les époux Quinard. Le sieur Lepinois avait obtenu de la femme Quinard une subrogation à son hypothèque légale. Boucher fut colloqué avant Lepinois. Celui-ci contesta. Arrêt de Metz ainsi conçu.

« Attendu, quant au prix provenant des immeubles de J. B. Quinard, que, par acte du 28 juin 1802, les époux Quinard, débiteurs solidaires de Boucher, lui ont spécialement affecté en hypothèque les immeubles en garantie du payement de sa créance ;

» Qu'en constituant cette hypothèque spéciale, la femme Quinard a *nécessairement renoncé*, en faveur de Boucher, à l'exercice des droits à elle résultant de son contrat de mariage, et des effets de son hypothèque légale sur lesdits immeubles; que, dès lors, elle n'a pu céder depuis ces mêmes effets à de nouveaux créanciers, ni les subroger, au préjudice de Boucher, dans des droits dont elle ne pouvait plus se prévaloir contre lui; que, par conséquent il faut reconnaître que la subrogation générale consentie le 6 juin 1818, au profit de Lepinois, ne peut être opposée à Boucher [1]. »

Même décision dans un arrêt de Paris, 29 août 1822 [2].

606. 2e cas. *Créanciers antérieurs à la renonciation.*

A l'égard des créanciers antérieurs à la renonciation de la femme, il faut examiner s'ils sont créanciers cédulaires du mari et de la femme, ou s'ils ont reçu d'elle quelque affectation hypothécaire.

Lorsque les créanciers antérieurs sont simplement créanciers cédulaires du mari et de la femme, celle-ci peut céder à d'autres créanciers ses droits hypothécaires, sans que les premiers puissent s'en plaindre. Comme le fait remarquer Grenier [3], il ne peut y avoir de différence entre une femme mariée qui s'oblige sans se soumettre à aucune affectation hypothécaire, et un autre individu quelconque. Supposez que Pierre, ayant une hypothèque sur l'immeuble B, contracte une dette purement personnelle avec Primus, il est bien sûr que Primus ne participera en rien à l'hypothèque de son débiteur sur l'immeuble B. Seulement, si Pierre n'aliène pas ce droit d'hypothèque, Primus pourra venir en sous-ordre pour prendre entre ses mains le prix provenant de la vente de l'objet vendu par expropriation. Mais il faut remarquer que dans le sous-ordre tous les créanciers viennent par contribution.

Que si, au contraire, Pierre aliène son hypothèque, comme il en a le droit, qu'il la cède à Secundus, par exemple, celui-ci se mettra à la place de Pierre, et Primus ne pourra s'en plaindre. Car c'est le sort des créanciers chirographaires de n'avoir aucun droit sur les choses que leur débiteur aliène. C'est à eux de s'imputer de n'avoir pas stipulé une affectation sur la chose [4]. Ainsi, dans ce cas même, Primus n'aura la ressource du sous-ordre qu'autant que Secundus aura été payé par préférence du montant de sa créance.

Eh bien! ce qui est incontestablement vrai pour le débiteur dont je viens de parler, doit avoir également lieu lorsque c'est la femme qui s'oblige. Après avoir contracté une dette purement personnelle, conjointement avec son mari, elle peut ensuite

---

[1] 4 juin 1822.

[2] Je trouve un arrêt de la même cour, du 15 février 1832, qui paraît s'écarter de cette jurisprudence, et qui, suivant l'arrêtiste, donne à un créancier porteur d'une subrogation expresse et inscrite, préférence sur un créancier dont la cession était antérieure, mais n'était que tacite. Mais d'abord l'arrêt n'est pas motivé sur ce point; il ne fournit aucune lumière sur les raisons qui ont pu déterminer une telle décision. De plus, je doute qu'en fait le créancier écarté par la cour royale eût une cession tacite; car, dans son pourvoi devant la cour de cassation, il n'en dit pas un mot. Le silence de l'arrêt et de la requête n'est-il pas significatif?

[3] Grenier, no 254.

[4] *Supra*, nos 9 et 10.

subroger d'autre créanciers dans son droit d'hypothèque, sans que le premier créancier puisse s'en plaindre.

Telle est la jurisprudence de la cour de Paris [1].

Mais que devrait-on décider si le premier créancier, outre l'obligation purement personnelle de la femme, avait, par le fait du mari, une hypothèque sur les biens de ce dernier? Posons d'abord une première hypothèse.

Pierre emprunte à Primus 50,000 francs, et lui donne une hypothèque sur le fonds A. Par un acte subséquent (voy. *supra*, n° 603), la femme de Pierre déclare s'obliger personnellement et solidairement avec son mari; mais elle ne fait aucune cession de ses droits hypothécaires.

Si les biens du mari sont vendus à la poursuite de Primus, c'est en vain que la femme séparée de biens réclamera une collocation préférable à la sienne pour indemnité de ses dettes. La femme s'est obligée solidairement envers Primus; elle doit remplir son obligation : ce qu'elle prendrait d'une main, elle devrait le lui payer de l'autre. Elle n'est donc pas fondée à se prévaloir, au préjudice de Primus, de ses droits hypothécaires. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation, par arrêt du 11 novembre 1812, sur les conclusions de Daniels, et au rapport de Zangiacomi [2].

Supposons maintenant, qu'après s'être obligée solidairement en faveur de Primus, mais sans consentir à aucune hypothèque, la femme subroge Secundus dans tous ses droits hypothécaires. C'est ici que commence la difficulté. On demande si Secundus pourra prétendre l'antériorité sur Primus, et dire à ce dernier : Votre hypothèque sur le fonds ne prend rang que du jour de votre inscription : la mienne prend date au jour du mariage; car je suis subrogé aux droits de la femme, et je participe à tous ses priviléges.

Il semble que Primus puisse répondre : « Que m'importe ce qui a pu intervenir » entre vous et la dame Pierre? Si celle-ci » se fût présentée pour prétendre que son » hypothèque doit primer la mienne, je l'au» rais repoussée par l'exception *quem de* » *evictione tenet actio, eumdem agentem repel-* » *lit exceptio.* Eh bien! je vous repousse par » la même exception, car vous êtes son re» présentant : vous ne pouvez avoir plus » de droit qu'elle n'en a. »

Cependant je ne crois pas que cette réponse de Primus soit aussi fondée qu'elle est spécieuse. Il est faux que la femme de Pierre doive garantie à Primus pour son hypothèque. Cette femme n'a contracté à cet égard aucune obligation. L'hypothèque est tout à fait demeurée étrangère à leurs stipulations. L'épouse s'est obligée à payer à Primus une somme de 50,000 francs; mais cette promesse est purement personnelle.

Assurément on ne peut dire que Secundus, cessionnaire des droits hypothécaires de la femme, soit obligé pour quelque chose au payement de cette somme de 50,000 fr. Dès lors, comment pourrait-on lui opposer une exception tirée de cette obligation personnelle de la femme envers Primus? L'ayant cause à titre singulier ne succède pas à toutes les obligations de son auteur. Il ne succède qu'à celles qui pèsent sur la chose qu'il tient de celui-ci. Ainsi lorsque, dans la première hypothèse, la femme se présente pour réclamer le bénéfice de son hypothèque légale, Primus a pu lui dire avec succès que, puisqu'elle réunissait en sa personne la qualité de créancière hypothécaire antérieure de son mari, et celle de débitrice de lui Primus, elle devait, pour éviter un circuit d'actions, lui céder sa collocation antérieure. Mais ici les choses ne sont plus entières : la femme s'est dépouillée de son hypothèque; elle l'a aliénée sans que Primus puisse s'en plaindre, puisqu'il ne s'était réservé aucune subrogation [3]. Or le cessionnaire de la femme n'est nullement le débiteur de Primus. Il ne se peut agir entre eux de circuits d'actions; ils sont parfaitement étrangers l'un à l'autre.

La vérité de cette solution devient encore plus manifeste si l'on met, par hypothèse, un autre débiteur à la place de la femme.

Par exemple, Primus est débiteur cédu-

[1] Arrêts des 15 janvier 1813 et 15 mai 1816, n° 4. On a vu ci-dessus la critique que nous avons faite d'un arrêt de la cour de cassation (n° 603), qui a décidé que l'obligation solidaire de la femme entraînait renonciation à son hypothèque. Dans l'arrêt de 1813, la cour de Paris a décidé le contraire avec raison.

[2] C'est par la voie du sous-ordre (art. 778, Code de procéd.), que le créancier cédulaire profiterait de l'émolument de la femme. Proudhon, n° 2334.

[3] *Supra*, nos 9, 10.

laire de Secundus. Tous deux ont une hypothèque sur un bien appartenant à Jacques. L'inscription de Primus est à la date du 1er janvier 1827, et celle de Secundus est à la date du 2 février de la même année. Primus vend son droit d'hypothèque à Titius. On ne soutiendra pas que Secundus puisse repousser Titius, par la raison qu'il est créancier de Primus, auteur de ce même Titius. Car Titius n'est nullement chargé de répondre des obligations purement personnelles qu'il a plu à Primus de contracter. Il n'est pas son ayant cause à l'égard de ces obligations; il lui est *penitus extraneus*. Il est clair qu'il doit en être de même lorsqu'il s'agit d'une cession d'hypothèque faite par une femme mariée [1].

607. Je viens de parler du cas où les créanciers antérieurs de la femme sont purement chirographaires.

Mais si les créanciers antérieurs à la cession de la femme ont reçu d'elle une subrogation, soit tacite, soit expresse, dans son hypothèque, alors ils ne peuvent être lésés par les subrogations ultérieures de la femme.

608. Il suit de là que tous les individus subrogés à la femme seront colloqués suivant les dates de leurs actes de subrogation.

Quoique ce principe paraisse aujourd'hui assez constant, néanmoins la cour de Paris y a vu d'abord des difficultés, et, par arrêt du 8 décembre 1819, elle a décidé que tous les créanciers porteurs de subrogations consenties par la femme devaient être colloqués, non suivant la date de leurs contrats, mais au même rang, et se distribuer au marc le franc le montant des deniers [2].

On disait dans ce système que les cessionnaires, ayant tous la femme pour obligée, se trouvaient avoir un droit égal, puisqu'il remontait au jour du mariage.

Mais c'est évidemment là un faux aspect donné à la difficulté. La femme s'est dépouillée par la première subrogation. Son hypothèque s'est trouvée restreinte jusqu'au montant de cette subrogation. Y ayant eu dessaisissement, elle n'a pu préjudicier à son premier cessionnaire par des cessions nouvelles; car nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Le second cessionnaire ne doit donc marcher qu'après le premier, et ainsi de suite. C'est ce que la cour de Paris avait déjà reconnu elle-même par arrêt du 12 septembre 1817 [3].

Et il est difficile de comprendre pourquoi elle a changé sa jurisprudence. Car par là elle annule l'effet de la subrogation. En effet, si les subrogés viennent tous par concurrence à la date du mariage, c'est réduire la subrogation à un sous-ordre, c'est dire par conséquent que tous les créanciers subrogés ou non subrogés y seront admis, d'après l'art. 778 du Code de procédure; que devient alors la subrogation consentie par la femme?

Notre avis est celui de Grenier [4], Proudhon (n° 2335) et Dalloz [5].

Ceci se concilie fort bien avec ce que j'ai exposé *supra*, n° 366, savoir, qu'entre cessionnaires d'une créance privilégiée il y a concurrence, et que l'ordre des cessions est indifférent. Car, comme je l'ai dit ailleurs [6], entre *privilégiés* ce n'est pas la date du titre que l'on considère, mais la faveur de la cause; de telle sorte que tous les privilégiés placés dans le même rang doivent être payés par concurrence. Mais entre créanciers hypothécaires il n'en est pas de même; c'est l'ordre des dates qui fixe les rangs.

Notre solution n'est pas contrariée non plus par ce que j'ai dit n° 379, savoir, que tous les subrogés viennent par concurrence entre eux.

Lorsque j'énonçais ce principe, j'entendais parler du cas où la subrogation est donnée par le créancier dans l'intérêt de ceux qui l'ont payé. Alors le créancier n'est censé vouloir établir aucune préférence entre les subrogés.

Mais ici il n'en est pas de même. Il s'agit de subrogations faites par le *débiteur* pour son propre intérêt : il agit dans un esprit de dessaisissement; à mesure qu'il cède, il se dépouille, et il devient garant de chacune des cessions [7].

609. Mais les créanciers subrogés par la femme doivent-ils faire inscrire leurs subrogations?

[1] Grenier, nos 259 et suiv.
[2] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 176, n° 6.
[3] Arrêt conforme, 16 mai 1816.
[4] Grenier, n° 254.
[5] *Jurisp. du 19e siècle*, v° *Hyp.*, p. 170.
[6] Nos 86, 89, et 366, et art. 2097 du Code civil.
[7] Grenier, n° 93.

L'affirmative a été soutenue dans les tribunaux, et elle est enseignée par Grenier (t. 1, n° 255).

Mais la négative est plus conforme aux principes et à la jurisprudence.

En effet, les créanciers subrogés aux droits de la femme ont le même bénéfice qu'elle, c'est-à-dire que la femme étant dispensée d'inscrire son hypothèque, les créanciers sont également dispensés d'inscription. Si on soumettait les créanciers subrogés à l'inscription, ils ne jouiraient pas de la plénitude de leurs subrogations. Cessionnaires d'hypothèques exemptes d'inscription, ils ne peuvent, sans attentat à leur titre, être forcés à s'inscrire.

Peu importe d'ailleurs aux tiers. Car il est indifférent pour eux que le montant de la collocation de la femme soit touché par la femme ou par ses cessionnaires.

Je conviens qu'entre les différents individus subrogés, il peut y avoir des inconvénients. Je les ai signalés dans la préface de cet ouvrage. Ils peuvent ignorer les subrogations consenties antérieurement par la femme, et ne trouver souvent qu'une fâcheuse illusion à la place du gage qu'ils ont cru s'assurer. Mais c'est à l'imperfection de la loi qu'il faut s'en prendre sur ces inconvénients. Aucune disposition du Code ne soumet à l'inscription les cessions de créances, quelles que soient les hypothèques ou les priviléges accessoires dont elles sont investies entre les mains du cédant. Ce serait créer une véritable loi que de les assujettir à l'inscription. Aussi la jurisprudence des arrêts n'exige-t-elle pas que les cessionnaires de la femme inscrivent leurs subrogations [1]. Je pourrais citer à cet égard beaucoup d'arrêts de la cour de Nancy. Je me contente d'en indiquer un du 22 mai 1836, rendu sur mes conclusions conformes [2]. La jurisprudence y est tellement constante sur ce point qu'on oserait à peine y proposer la question.

Je dois cependant faire observer que le créancier porteur de subrogation fera prudemment dans son intérêt de faire inscrire son contrat. J'en ai donné la raison n°s 644 et 377 [3].

Il s'évitera des difficultés dans le cas où la femme consentirait à la restriction de son hypothèque conformément à l'art. 2144.

609 *bis*. J'ai parlé jusqu'ici de l'effet de la cession de la femme au profit *d'un créancier* vis-à-vis d'autres créanciers. Disons un mot de la cession que la femme ferait au profit *de l'acquéreur* du bien soumis à l'hypothèque légale. Une pareille cession, soit qu'elle fût expresse, soit qu'elle fût tacite, aurait pour résultat de mettre l'acquéreur à même de repousser tous les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme [4]. Il exciperait à leur égard de la préférence qu'avait sur eux

[1] Cour de cass., 2 avril 1829.

[2] J'engage également à consulter un arrêt remarquable de cette cour, en date du 24 janvier 1825.

[3] Nous supposons que c'est *transcrire* que veut dire Troplong, parce que nous ne concevons pas l'inscription d'une subrogation ; mais cette transcription même nous est incompréhensible, parce que, si la subrogation emportait cession des créances de la femme, ce ne serait jamais là qu'une vente mobilière non susceptible de transcription. Une créance hypothécaire n'est pas un immeuble. Et nous pensons que le conservateur des hypothèques se refuserait avec raison à la transcription d'un pareil acte. A quoi bon recommander, par mesure de prudence, ce que la loi ne prescrit pas, et ce qui serait d'ailleurs tout à fait inopérant ; car si la subrogation hypothécaire consentie par la femme ne constitue, comme de vrai, qu'une obligation purement personnelle de sa part, il n'y a pas lieu d'y donner plus de publicité qu'à toute autre cession de créance ou de droits personnels.

Le créancier porteur de subrogations s'évitera par là des difficultés, dit Troplong, dans le cas où la femme consentirait plus tard à la restriction de son hypothèque légale, conformément à l'art. 2144. Nous disons que tout ce qui pourrait se faire de pareil entre le mari et la femme, en fraude et au préjudice de la subrogation consentie, serait nul et de nul effet vis-à-vis du créancier pour qui le jugement intervenant serait *res inter alios*, et toujours susceptible de tierce opposition de sa part.

Quant au tiers acquéreur de l'immeuble sur lequel l'hypothèque légale aurait été ainsi restreinte frauduleusement, il n'y a pas de doute que, comme ayant cause du mari vendeur, il resterait passible des mêmes exceptions, tant qu'il n'aurait pas fait la purge légale. *Voy.* note sur le n° 644 *ter*, *infra*. (*Note de l'éditeur belge.*)

[4] Cela est fort douteux en thèse aussi générale. Renfermons-nous bien dans ce que c'est que la renonciation de la femme à son hypothèque légale sur un immeuble du mari, au profit de l'acquéreur, ou ce que c'est que la subrogation de ce dernier dans les droits de la femme. Le mot *cession* dont s'est servi jusqu'ici, fort mal à propos, Troplong, n'est propre qu'à confondre toutes les idées. Quand la femme renonce à son hypothèque ou qu'elle y subroge l'acquéreur, ce n'est pas sa créance dont elle se dépouille ; mais seulement son droit de préférence sur le prix de l'immeuble vendu. Et cela est si vrai que si, par l'effet de sa renonciation, la femme ne pouvait plus, en définitive, recouvrer sa dot sur les biens restants de son mari, sa renonciation précédente serait non avenue. D'un autre côté, supposons qu'au moment de la vente, les créances de la femme à charge de son mari n'absorbassent pas l'intégralité du prix, il est évident que, dans ce cas, la renonciation à son hypothèque n'aurait lieu que jusqu'à concurrence de sa créance sur le prix ; le surplus reste en dehors de son droit de suite par préférence. Ce sont donc nécessairement les créanciers hypothécaires postérieurs à qui revient la préférence sur cet excédant.

la femme qu'il représente. C'est ce qu'a jugé un arrêt de cassation du 19 janvier 1819. Mais s'il y avait des cessions antérieures à la sienne, l'acquéreur devrait les respecter, et il ne pourrait s'en affranchir qu'en purgeant. Je parlerai au n° 644 *ter* d'un cas différent.

610. On a prétendu, dans un procès devant la cour d'Amiens, que le créancier subrogé à l'hypothèque de la femme ne pouvait pas exercer le droit d'hypothèque légale de cette femme, tant qu'il n'y avait pas séparation de biens entre les époux.

Pour examiner cette difficulté, il faut distinguer deux cas. Le premier a lieu lorsque le mari est en faillite, le second a lieu lorsqu'il n'est pas dans cet état.

Lorsque le mari est en faillite, il est certain que les créanciers personnels de la femme peuvent exercer tous ses droits, quoiqu'elle ne soit pas séparée de biens [1].

Dans le cas où le mari n'est pas en faillite, je conviens qu'en thèse générale la femme ne peut exercer la répétition forcée de ses droits; car ce serait nuire à l'autorité maritale, dont l'un des priviléges est de jouir de la dot de la femme. Mais lorsque, *par un fait étranger à la femme*, son hypothèque doit se mettre en action, alors rien n'empêche que la femme n'agisse pour la conservation de ses droits; ce n'est pas porter atteinte à l'autorité maritale. Les représentants de la femme pourront donc, dans ce cas, profiter de la subrogation. Proposons une hypothèse.

Titius et sa femme s'obligent solidairement envers Primus, et lui donnent hypothèque sur l'immeuble A, avec subrogation aux droits de la femme. Cet immeuble est déjà hypothéqué à Secundus et à Tertius. Quelque temps après, Titius vend l'immeuble A à Sempronius; et le prix s'en distribue aux créanciers hypothécaires.

Alors s'élève une contestation entre Primus d'une part, et Secundus et Tertius de l'autre. Ces deux derniers créanciers soutiennent qu'ils ne peuvent pas être primés par Primus, parce que, disent-ils, ils représentent Titia, qui ne pourrait se présenter à l'ordre dans l'état de choses actuel. Son mari est *in bonis* : il n'y a pas de séparation de biens [2].

Ce système ne me paraît pas admissible.

La femme peut, pendant le mariage, faire des actes conservatoires de ses droits. Lorsque l'acquéreur a fait les diligences nécessaires pour purger, et que la femme a pris inscription conformément aux art. 2194 et 2195 du Code civil, si son hypothèque est la plus ancienne, l'acquéreur ne peut faire aucun payement du prix au préjudice de son inscription. Donc, quoique le mariage subsiste, quoique le mari ne soit pas en déconfiture, et qu'il n'y ait pas séparation, la femme peut toucher, jusqu'à concurrence de son inscription, le montant du prix de la chose vendue à son mari, sauf à pourvoir à ce que les fonds lui soient conservés jusqu'au moment où elle pourra en donner quittance, soit en autorisant l'acquéreur à les retenir dans ses mains, soit en leur donnant tout autre emploi qui mette en sûreté la créance de la femme. « Hactenus igitur, dit le président Favre [3], » mulieri consulendum erit, ut redactum ex » licitatione pretium, penes idoneum mercatorem deponatur, per cujus manus » usuras legitimas mulier percipiat, ut se » suosque alat. » C'est aussi ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 2 juillet 1821 [4]. Donc le représentant de la femme pourra se présenter en son lieu et place, quand même il n'y aura pas séparation de biens. C'est aussi l'avis de Grenier, mais par d'autres motifs qu'on peut consulter [5].

Ce que je viens de dire du cas de vente volontaire, doit avoir lieu à plus forte raison lorsque les immeubles du mari, hypothéqués à la sûreté de la dot de sa femme, sont vendus par expropriation forcée; il est certain qu'alors les créanciers porteurs de subrogations de la femme peuvent venir à l'ordre, et se prévaloir de la préférence de leur hypothèque, sans que les créanciers saisissants, postérieurs en date, puissent opposer qu'ils exercent des droits non ouverts pour la femme. On ne peut condamner les créanciers qui ont traité avec la femme,

---

par ordre de priorité d'inscription. Et bien évidemment l'acquéreur ne pourrait pas les repousser en vertu de sa subrogation au droit d'hypothèque de la femme. De là résulte que, dans tous les cas, l'acquéreur doit remplir les devoirs de purge, pour se libérer en sûreté.

(*Note de l'éditeur belge.*)

[1] Art. 1446 du Code civil. Arrêt de cass., 14 janvier 1817.

[2] L. 29, C. *de jure dot.*

[3] *Code*, lib. 5, tit. 7, déf. 27.

[4] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 163.

[5] *Hyp.*, n° 259.

à se voir enlever leur gage ; d'autant qu'il y a déconfiture, lorsque le mari en est réduit au point de se laisser exproprier [1].

Mais ici se présente une difficulté que nous devons examiner. On sait que les effets de l'hypothèque légale de la femme varient suivant la nature des créances auxquelles elle est attachée. Lorsque, par exemple, le mari a vendu un propre de la femme, et que par là il a diminué son patrimoine, c'est là un fait qui cause un dommage actuel, pour la réparation duquel la femme a une hypothèque assurée et définitive. Aussi, s'il y a lieu à un ordre, la femme doit être colloquée *hic et nunc*, et sauf les précautions dont nous parlerons (nos 612, 627 et 993). D'où il suit que le cessionnaire de la femme, dont les droits sont égaux aux siens, sera fondé à réclamer en son lieu et place le montant de sa collocation.

Mais maintenant supposons qu'il s'agisse non plus de propres aliénés, mais bien d'indemnité de dettes contractées pendant la communauté.

On sait que lorsque la femme s'est obligée même solidairement pour les affaires de la communauté, elle n'est considérée que comme caution, à l'égard du mari qui lui doit une indemnité (1431 du Code civil), pour sûreté de laquelle elle a hypothèque légale. Mais cette indemnité n'est due à la femme qu'autant que, par le fait, elle a payé le créancier de ses propres deniers, et que par là elle a éprouvé une perte, un dommage. Eh bien ! qu'arrivera-t-il, si l'ordre s'ouvrant avant que la femme ait rien payé, son cessionnaire se présente pour profiter de son hypothèque et prétend primer les créanciers postérieurs? Aura-t-il droit à une collocation actuelle? ou bien devra-t-il se tenir satisfait si le mari ou les créanciers lui donnent une caution suffisante que le montant de la collocation sera rapporté dans le cas où la femme payerait la dette?

Cette question s'est présentée devant la cour d'Amiens, et elle a été décidée contre le créancier qui prétendait une collocation actuelle, par arrêt du 9 février 1829, confirmé par arrêt de cassation du 6 juillet 1832. Mais une seconde espèce l'ayant soulevée devant la cour suprême, elle a été résolue en sens contraire par arrêt de la section des requêtes du 25 mars 1834.

Avec du pessimisme dans l'esprit, on pourra crier à la contradiction. Je ne crois cependant pas qu'il soit impossible de concilier ces deux décisions. Dans l'espèce de l'arrêt de 1834, le mari était hautement en déconfiture, et dès lors la femme aurait eu le droit de forcer son mari à l'indemniser, même avant d'avoir payé, aux termes de l'art. 2032 du Code civil. Le représentant de la femme pouvait donc user de la même faculté qu'elle. D'un autre côté, l'arrêt constate qu'on n'avait offert à la femme aucune garantie que le montant de sa collocation lui serait remboursé en cas de poursuites.

En était-il de même dans l'espèce jugée en 1832? Non sans doute. Les assurances avaient été données à la femme. De plus, il n'était pas venu dans l'idée du représentant de la femme de se prévaloir devant la cour d'Amiens du bénéfice de l'art. 2032 pour exiger un payement actuel. Ces nuances me paraissent suffisantes pour expliquer l'apparente contradiction des deux arrêts.

Au fond, je suis d'avis que le second doit seul faire autorité, alors toutefois qu'il y a déconfiture. L'art. 2032 est formel ; il autorise la femme à agir, c'est-à-dire à se faire apporter décharge ou deniers suffisants pour acquitter la dette. Elle est donc fondée à prendre sur le prix des biens saisis sur son mari la somme nécessaire pour payer le créancier, et cette collocation est garantie par son hypothèque légale. Donc son représentant sera reçu à faire ce qu'elle aurait pu faire.

C'est à tort que l'on croit trouver dans cette manière de voir le renversement de toutes les garanties hypothécaires.

Les créanciers postérieurs de la femme n'ont-ils pas dû s'attendre à cette chance toute naturelle, résultant des combinaisons du contrat de mariage? Eh ! que leur importe que les deniers soient pris par la femme pour les remettre au créancier dont les instances la menacent, ou que ce soit ce dernier qui vienne lui-même les recevoir au nom de la femme? D'ailleurs, le système de garanties imaginé par la cour d'Amiens n'est-il pas en définitive un équivalent de cet état de choses? En effet, le mari ou ses créanciers postérieurs à la femme promettent, moyennant caution, que celle-ci sera indemnisée en cas de poursuites, et que le montant de la collocation lui sera rapporté.

[1] Grenier, no 123.

Mais ne voyez-vous pas que le créancier qui a la femme pour obligée directe va se hâter de la poursuivre, de la contraindre à payer, et qu'aussitôt les créanciers qui lui ont donné garantie seront forcés de payer d'une main ce qu'ils ont reçu de l'autre? En quoi donc, je le demande, l'un des systèmes que je viens d'exposer favorise-t-il plus que l'autre le crédit particulier?

611. Ce que je viens de dire au numéro précédent me conduit à conclure que la femme, avertie qu'un acquéreur des biens de son mari veut les purger de son hypothèque légale, peut prendre toutes les mesures conservatoires pour que cet acquéreur ne fasse pas de payements à son préjudice aux créanciers de son mari qui lui sont postérieurs en hypothèque. Elle peut donc se présenter à l'ordre pour être colloquée à son rang, et faire valoir ses droits hypothécaires, sans qu'il y ait séparation de biens. Cela peut très-bien se concilier avec les principes; car il ne s'agit ici que de mesures conservatoires.

Si la femme peut se présenter à l'ordre sur le prix d'un immeuble volontairement vendu par son mari, elle peut de même se présenter à l'ordre sur le prix des immeubles vendus par expropriation forcée.

612. Ici se présente une question des plus graves. Elle consiste à savoir si, lorsqu'une femme est mariée sous le régime dotal, et que son mari aliène sa dot immobilière, elle peut *constante matrimonio*, soit qu'il y ait séparation de biens ou qu'il n'y en ait pas, laisser dormir l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal, et se faire colloquer sur le prix des immeubles de son mari, vendus à la requête de ses créanciers, jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens dotaux aliénés.

Cette question partage les tribunaux et les jurisconsultes.

Un arrêt de cassation, du 24 juillet 1821 [1], a décidé que la femme était maîtresse de choisir à son gré l'action hypothécaire, ou la revendication. En voici le texte :

« Vu la loi 30, au C. *de jure dotium*, et » art. 2121, 2135 et 2195 du Code civil; » considérant que, par leur contrat anté- » nuptial du 8 floréal an 9, les mariés de » Croy-Chanel ont stipulé que, quant à leur » mariage, ils ne seraient réglés que par les » lois du pays de droit écrit; que la loi ro- » maine donne à la demanderesse, à raison » de ses biens dotaux aliénés, et l'action » révocatoire desdits biens, et l'action hy- » pothécaire sur les biens de son mari, afin » que, comme s'en explique cette loi, la » demanderesse ait à ce sujet toutes les ga- » ranties possibles, *ut ei plenissime consula-* » *tur*; que le Code civil, sous l'empire du- » quel la demanderesse a exercé son action » hypothécaire, lui a lui-même conservé » cette action de la manière la plus for- » melle; l'art. 2121 accorde à la femme le » premier rang entre les hypothèques lé- » gales; l'art. 3135 fixe la date de l'hypo- » thèque de la dot au jour du mariage, et » la dispense de l'inscription; l'art. 2195 » fait défenses à l'acquéreur des biens du » mari, de faire aucun payement à des » créanciers qui n'auraient pas une hypo- » thèque antérieure à celle que la femme » aurait fait connaître lui appartenir.

» Considérant que ces articles sont com- » muns aux femmes mariées sous le régime » dotal et à celles mariées en communauté, » le Code civil n'exprimant et n'indiquant » même aucune distinction entre elles, res- » pectivement aux hypothèques qu'il ac- » corde aux femmes sur les biens de leurs » maris; que la femme qui se présente à un » ordre ouvert sur le prix des biens de son » mari, vendus par expropriation, constate » ses droits aussi légalement que celle qui » s'inscrit après une vente volontaire, lors- » que l'acquéreur, voulant purger, a instruit » la femme, personnellement, de l'acquisi- » tion par lui faite, et a rempli toutes les » formalités exigées par l'art. 2194 du Code » civil; que, dans l'un comme dans l'autre » cas, aucun payement ne peut être fait ni » ordonné au profit des créanciers qui, » n'ayant pas d'hypothèque antérieure à la » sienne, ne peuvent être colloqués en ordre » utile avant elle; que si les circonstances » sont telles, que la femme ne puisse être » actuellement autorisée à recevoir, ce n'est » pas une raison pour ne pas la colloquer à » son rang, et pour distribuer, à son préju- » dice, à des créanciers postérieurs, les » fonds sur lesquels elle doit être préférée; » qu'alors c'est aux tribunaux, après avoir » colloqué la femme au rang que la loi lui » assigne, à pourvoir à ce que les fonds lui » soient conservés, jusqu'à l'instant où elle » pourra les recevoir et en donner quittance

[1] C'est celui que j'ai cité au n° précédent.

» valable soit en autorisant l'acquéreur à les » retenir dans ses mains, soit en ordonnant » tout autre emploi qui mette en sûreté la » créance de la femme; de tout quoi il ré- » sulte que la cour d'Amiens, qui a refusé » de colloquer la demanderesse, et qui a » approuvé la distribution du prix de l'im- » meuble vendu sur le mari, entre des » créanciers qu'elle prime par l'antériorité » de son hypothèque, est contrevenue aux » lois précédemment citées; par ces motifs, » casse et renvoie devant la cour de Rouen.»

Cette dernière cour adopta dans son entier ce système de la cour de cassation [1]. On cite aussi dans le même sens, un arrêt de Nîmes de 1824, que je crois inédit, un arrêt de Grenoble du 30 juin 1825 [2], et un arrêt d'Aix du 1er février 1826 [3].

Grenier s'est élevé contre cette jurisprudence [4]. Il soutient qu'elle porte atteinte à l'inaliénabilité de la dot; qu'elle renverse le régime dotal, en permettant de substituer une dot mobilière à une dot immobilière, et en exposant la femme aux chances de perte qui résultent de cette conversion; que la loi 30 au C. *de jure dotium* est inapplicable à la question, parce qu'elle a été rendue à une époque où le bien dotal pouvait être aliéné du consentement de la femme; qu'il faut chercher la raison de décider dans la loi unique au C. *de rei uxoriæ act.*, qui défend l'aliénation du fonds dotal, même avec le consentement de la femme; que, depuis cette loi, il n'a pas été permis à la femme de ratifier l'aliénation de son fonds dotal, en venant se faire colloquer sur une somme mobilière.

Grenier ajoute que le système de la cour de cassation est non-seulement fatal pour la femme, qu'il expose à de grands périls, mais encore pour les créanciers, qui, sachant qu'une femme est dotée avec des biens qui ne peuvent périr, n'ont pas craint qu'elle eût à exercer un recours sur les biens du mari, et cependant se voient primés par elle contre toute attente, et lorsqu'elle peut réclamer le bien dotal aliéné.

Tel était le choc des opinions sur cette question importante pour les contrées où le régime dotal est encore si enraciné, lorsqu'elle s'est représentée devant la cour de Nîmes en 1826. M. Crémieux, qui avait plaidé lors de l'arrêt de 1824 et qui avait succombé dans une première lutte, réunit en faveur de l'opinion de Grenier de nouveaux efforts, et cette fois il eut un plein succès. Car, par arrêt du 29 août 1826, la cour de Nîmes, abandonnant la route tracée par sa première décision de 1824, et sur les conclusions conformes de M. Rousselier, conseiller auditeur, jugea que la loi qui assure l'inaliénabilité absolue du fonds dotal, ne permet pas à la femme de se faire colloquer pour sa dot immobilière sur le prix de biens vendus sur son mari [5].

Depuis, il est intervenu trois arrêts conformes émanés de la cour de Grenoble [6].

613. Au milieu de ce conflit, je crois qu'il

---

[1] Arrêt du 28 mars 1825.

[2] Il y a, dans le même sens, un arrêt de la cour en date du 20 janvier 1832.

[3] *Jugé* que la femme mariée sous le régime dotal a, pour le prix de ses immeubles dotaux aliénés, tout à la fois et à son choix, une hypothèque légale sur les biens de son mari et une action en révocation des aliénations contre les acquéreurs. Ainsi, la femme dont l'immeuble dotal était aliénable sous condition de remploi, peut, au cas de vente sans remploi, réclamer collocation sur le prix des biens de son mari : sa demande ne saurait être repoussée sous prétexte qu'à défaut de remploi la vente est nulle, et que la femme doit agir en ce cas par voie de révocation contre l'acquéreur. (Code civil, art. 1560, 2121, 2135.)

Et l'arrêt qui a ainsi repoussé la collocation de la femme sous la réserve de son action révocatoire, doit être cassé (sur la demande de l'acquéreur partie au procès), encore bien que la femme ait, depuis, intenté une action en révocation de l'aliénation : cette circonstance, postérieure à l'arrêt, n'en couvre pas le vice en ce qui touche l'acquéreur. (Grenoble, cass., 28 nov. 1838.)

Décidé dans le même sens : La femme dont l'immeuble dotal a été aliéné a, concurremment avec l'action en révocation de la vente, hypothèque légale sur les biens de son mari. Elle peut, en conséquence, pendant le mariage et quoiqu'il n'y ait pas séparation, se faire colloquer à son rang, sur le prix des immeubles de son mari. (Code civil, art. 1560 et 2135. Pau, 31 déc. 1834. *Sic.* Merlin, *Répert.*, vº *Remploi*, § 9, nº 2; Tessier, *de la Dot*, t. 2, nº 750; Coulon, *Quest. de droit*, t. 2, p. 324, dial. 75.)

Jugé également que la femme dont l'immeuble dotal était aliénable d'après le contrat de mariage, mais à la charge par son mari de faire remploi, a, au cas de vente sans remploi, une hypothèque légale sur les biens du mari, pour le prix de l'immeuble vendu. Elle ne doit recourir contre les acquéreurs, par action révocatoire de la vente, qu'au cas où elle ne trouverait pas dans les biens du mari de quoi se remplir de sa créance contre lui. (Code civil, art. 1554, 1560, 2121 et 2135. Grenoble, 16 août 1832.)

[4] Grenier, nº 260.

[5] Voy. *Gazette des Tribunaux*, 1826, nº 287, 18 septembre.

[6] 31 août 1827, 8 mars 1827, 3 juillet 1828. — La femme mariée sous le régime dotal a-t-elle tout à la fois, d'après le Code civil, une *hypothèque légale* sur les biens de son mari pour le prix de ses immeubles dotaux aliénés (Code civil, art. 2121 et 2135), et une *action en révocation* de ces aliénations contre les tiers acquéreurs (Code civil, art. 1560), tellement qu'elle puisse, négligeant cette action révocatoire, se borner à demander sa

est nécessaire de se livrer à quelques développements pour arriver à une opinion exacte. Je serai quelquefois forcé de combattre ceux dont j'adopte le sentiment pour le fond. Mais quand je trouve un raisonnement qui me semble mauvais, je le repousse de quelque part qu'il vienne.

D'abord, il faut bien se fixer sur le point qui doit faire l'objet de la discussion.

Nul doute qu'à la dissolution du mariage, la femme n'ait l'option entre l'action en revendication et l'action en collocation sur les prix des immeubles de son mari. À la mort du mari, l'association conjugale cesse d'exister; et le bien dotal rentre dans le commerce. La femme peut donc renoncer à son action en revendication : elle peut consentir à la ratification de la vente, et se faire indemniser sur le prix des biens à elle hypothéqués et saisis sur son mari [1].

Mais lorsque le mariage n'est pas dissous, lorsqu'il n'y a que séparation de biens, la dot reste inaliénable [2]. C'est donc dans le cas où le mari est encore vivant, que la question de savoir si la femme peut opter entre sa chose même ou la valeur mobilière de cette chose est de nature à mériter examen.

614. D'après la loi *Julia de adulteriis* [3], le mari ne pouvait vendre, sans le consentement de sa femme, le fonds dotal situé en Italie, et inestimé. D'après Justinien, la même prohibition n'existait pas pour l'immeuble dotal situé en province [4]. Cependant Caïus représente ce point comme douteux [5].

La même loi *Julia* défendait d'hypothéquer le fonds dotal italien, même avec permission de la femme. Elle s'était montrée plus sévère à cet égard que pour l'aliénation; car elle supposait que les femmes consentiraient bien plus facilement à hypothéquer leurs biens qu'à les vendre. « Et » ratio diversitatis hæc est (dit Cujas) [6], » quia facilius mulier consentit obligatio» nem fundi dotalis, quam alienationi. »

Mais Justinien fit disparaître toutes ces différences entre l'aliénation et l'hypothèque, entre le fonds italien et le fonds provincial; il ne voulut pas que le fonds dotal italien ou provincial pût être aliéné ou hypothéqué, même avec le consentement de la femme [7].

Ceci posé, voyons ce qui avait lieu par le droit romain relativement à l'hypothèque de la femme.

J'ai dit ci-dessus (n° 417) que, d'après l'ancien droit, la femme n'avait qu'un privilége *inter creditores personales*. Elle n'avait pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari : si elle voulait en avoir une, il fallait qu'elle la stipulât, et cette hypothèque conventionnelle ne jouissait du privilége du temps que suivant le droit commun.

Mais Justinien réforma cette jurisprudence; par la loi 30 au C. *de jure dotium*; il donna d'abord à la femme une hypothèque tacite et privilégiée *sur son fonds dotal*, soit qu'il fût estimé ou non, ou bien une action réelle pour le revendiquer comme sien. Puis, par la loi unique au C. *de rei uxor. act.* et la loi *assiduis*, C. *qui potiores*, il donna une hypothèque légale à la femme *sur tous les biens de son mari*, et il voulut que cette hypothèque fût préférable à celle de tous les créanciers antérieurs.

Ces notions étaient indispensables à rappeler pour saisir le sens des lois qui font l'objet de la controverse.

615. Examinons d'abord la loi 30 au C. *de jure dot.*, dont je viens de parler.

La cour de cassation voit dans cette loi deux droits donnés à la femme, l'un pour réclamer sa dot par l'action en revendica-

---

collocation dans un ordre ouvert sur le prix des biens de son mari, et recouvrer ainsi par le seul effet de son hypothèque légale la valeur de ses immeubles dotaux aliénés? (Montpellier, 7 janvier 1831.)

Décidé dans le même sens : La femme mariée sous le régime dotal n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari, pour le prix de ses immeubles dotaux aliénés; elle n'a que l'action en révocation des aliénations contre les tiers acquéreurs. En conséquence, elle ne peut, pendant le mariage, obtenir, à raison de ces aliénations, soit une collocation dans un ordre ouvert sur son mari, soit des immeubles de son mari, à titre de remploi. (Code civil, art. 2121, 2135, 1560 et 1595. Caen, 5 déc. 1836 et 11 janv. 1831. *Sic*, Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 260; Bellot, *Contrat de mariage*, t. 4, p. 164 et suiv.; Benoît, *de la Dot*, t. 1, p. 369 et suiv.).

[1] Despeisses, t. 1, p. 277, n° 3.

[2] Olea, *de Cessione jurium*, t. 3, p. 7, n° 22. Donadeus, *de Renunciat.*, cap. 21, n° 40. Cass., 19 avril 1819. Sirey, t. 20, 1re part., p. 19.

[3] Paul, *Sent.*, lib. 2, tit. 21. Caïus, *Inst.*, lib. 2, n° 63.

[4] *Inst., quib. alienare licet.*

[5] *Loc. cit.* Ducaurroy, *Inst.*, n° 504.

[6] Récit. solenn. sur le § dernier de la loi uniq. C. *de rei uxor. act.*

[7] L. unique. C. *de rei uxor. act.* Cujas, *loc. cit.*

tion, l'autre pour se faire indemniser de sa dot *sur les biens de son mari à elle hypothéqués*.

Mais c'est là une erreur contre laquelle on ne saurait trop s'élever.

En effet, la loi 30 au C. *de jure dot.* ne donne à la femme aucun droit sur les biens de son mari. Soit qu'elle parle de l'action en revendication, soit qu'elle parle de l'action hypothécaire, c'est toujours sur les biens mêmes composant la dot de la femme que le recours de celle-ci est limité.

Qu'on ne trouve pas extraordinaire que cette loi donne à la femme une hypothèque sur son propre bien dotal. D'après les principes du droit romain, la dot estimée était censée appartenir au mari; bien plus, d'après la subtilité du droit, la dot même inestimée passait dans le domaine du mari. Sous ce rapport, on pouvait penser que la femme avait besoin d'une hypothèque tacite pour ne pas perdre ses droits; ainsi rien de contraire à la règle *res sua nemini hypothecari potest*. Mais, d'un autre côté, la femme étant propriétaire de sa dot *naturaliter,* comme le dit la loi 30, la fiction du droit ne pouvait détruire la vérité des choses. L'action en revendication devait donc lui appartenir.

Ainsi, veut-on suivre la subtilité du droit d'après laquelle le mari est censé propriétaire de la dot, la femme aura l'action hypothécaire pour la recouvrer. Veut-on suivre la nature des choses qui veut que la femme soit propriétaire de ce qu'elle a apporté à son mari, et qu'il doit lui restituer, alors elle aura l'action en revendication. De sorte que, de quelque manière qu'on veuille considérer le droit de la femme, elle aura toujours un recours assuré, *ei plenissime subvenietur*. Elle pourra reprendre sa dot inestimée ou estimée, soit par l'action hypothécaire, soit par l'action en revendication. Nul créancier du mari, même antérieur au mariage, et auquel le mari aurait hypothéqué ses biens présents et à venir, ne pourra prétendre lui être préféré sur les biens composant cette même dot. Tel est le sens que donnent à la loi 30, Bartole, Godefroy et Cujas [1].

Mais la femme pourra-t-elle, d'après la même loi 30, prétendre une hypothèque légale sur les autres biens de son mari, comme l'a avancé la cour de cassation? Écoutons Cujas, *loc. cit.* « Hoc ergo privilegium, lex *in rebus* 30 dat TANTUM *in ipsis rebus dotalibus, sive estimatæ sint, sive inestimatæ sint.* » Et plus bas : « Et hoc quidem *de rebus dotalibus*, ut in eis mulier habeat privilegium et inter personales et inter reales actiones. An idem habeat etiam *in aliis bonis mariti? Minime*, quod jam ante docui. Non habuit in aliis bonis mariti ante legem ultimam infra *qui potior, in pignore*, et constitutionem unic. cod. *de rei uxor. act*... verum postea Justinianus in const. tituli sequentis (leg. unica C. *de rei uxor. act.*) quæ est posterior legi *ubi* C. de jure dot., amplificavit mulierum privilegia et dedit mulieribus tacitam hypothecam *in aliis omnibus bonis mariti*, dotium eis conservandarum causa, in leg. ult. C. *qui potior in pignor.*, dedit etiam mulieribus privilegium in eis hypotheca tacita persequendis, ut præponerentur omnibus creditoribus hypothecariis etiam antiquioribus, etc. »

Ainsi il est bien entendu que, par la loi 30, la femme n'avait aucune hypothèque légale sur les biens propres de son mari; qu'elle ne pouvait agir que sur les biens composant sa dot. Comment donc la cour suprême a-t-elle pu se fonder sur cette loi pour décider qu'une femme pouvait par droit d'hypothèque se faire colloquer sur le prix des biens propres de son mari? L'arrêt de cassation, du 24 juillet 1821, pèche donc dans cette partie. Mais une mauvaise raison ne doit pas nuire à une bonne cause, et l'on verra plus tard que son arrêt est pour le fond à l'abri de la critique.

Quant à la loi unique C. *de rei uxor.*, § 1, on n'y trouve absolument rien de décisif en faveur du système embrassé par la cour de cassation. Justinien se borne dans ce paragraphe à donner à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari. Il en est de même de la loi *assiduis;* elle ajoute à l'hypothèque générale et tacite le privilége de l'antériorité sur tous les créanciers plus anciens; mais elle garde le silence sur l'option accordée à la femme par la cour de cassation.

Du reste, il ne faut pas dire avec M. Crémieux devant la cour de Nîmes que la loi unique C. *de rei uxor. act.*, paragraphe dernier, qui prononce l'inaliénabilité du fonds dotal, a par cela même abrogé la loi 30, C. *de jure dot.*, qui donne l'action hypothécaire à la femme sur ce même fonds dotal. Ces

[1] Récit. solenn., *de jure dotium*, au Code.

deux lois se coordonnent parfaitement dans le même système, et Justinien les considérait comme si peu abrogées l'une par l'autre, qu'il les rappelle toutes deux dans la loi *assiduis* C. *qui potior,* § 1er [1]. C'est pourquoi Cujas en commentant le paragraphe dernier de la loi unique au C. *de rei uxor. actione*, et en rappelant tous les droits dont la femme est investie, dit que dans le dernier état de choses elle avait une hypothèque *in rebus ipsis dotalibus*, et sur tous les biens de son mari [2]. Or n'était-ce pas la loi 30 au C. *de jure dot.* qui donnait à la femme une hypothèque *in rebus ipsis dotalibus?* Donc cette loi n'était pas abrogée par la loi unique au C. *de rei uxor.*

616. Je viens à la loi 29 au C. *de jure dot.*, qui rentre plus directement dans notre question, puisqu'elle parle du cas où la femme demande pendant le mariage que sa dot soit mise en sûreté, *marito vergente ad inopiam.*

« Lors, dit-elle, que pendant le mariage le mari est réduit *ad inopiam*, et que la femme veut mettre ses intérêts à couvert, elle peut s'emparer des choses qui lui ont été hypothéquées (*res sibi suppositas*) pour dot, donation anténuptiale, et extra-dot. Si un créancier *postérieur* du mari l'actionne en justice, elle le repoussera par le secours d'une exception (car, dit Godefroy, *possidenti datur exceptio*). Elle peut même agir contre les tiers détenteurs de biens appartenant à son mari, et c'est en vain que ceux-ci lui opposeront que le mariage n'est pas dissous; car elle pourra exercer l'action revendicatoire sur tous les créanciers du mari postérieurs à elle, comme elle aurait pu le faire à la dissolution du mariage : néanmoins la femme ne pourra pas vendre ces choses tant que son mari sera vivant et que le mariage subsistera : mais elle se servira des fruits pour nourrir elle, son mari et ses enfants. A la dissolution du mariage, le mari et la femme pourront faire valoir leurs droits sur la dot et la donation anténuptiale, conformément au contrat de mariage. »

Quelques réflexions sont nécessaires ici.

Remarquons d'abord que, dans cette loi, Justinien ne parle que d'une hypothèque conventionnelle. Car, à cette époque, l'empereur n'avait pas encore créé l'hypothèque tacite et générale de la dot. C'est la remarque de Cujas [3], in leg. *ubi* C. *de jure dot.* : « *Res viri suppositas* oportet intelligere » ex *conventione* obligatas, quia nondum erat » tacita hypotheca, et Justinianus nondum » dederat tacitam hypothecam mulieribus. »

On doit observer encore que cette hypothèque conventionnelle dont parle la loi 29 *ubi* n'a que le privilége du temps; car Justinien ne donne de préférence à la femme que sur les créanciers du mari postérieurs. C'est encore la remarque de Cujas, *loc. cit.*

Mais il faut dire que, depuis que l'empereur Justinien eut accordé aux femmes une hypothèque tacite et privilégiée, les dispositions de la loi 29 sont devenues applicables, même lorsqu'il n'y avait pas d'hypothèque expresse consentie par la femme, et que celle-ci a pu s'en prévaloir contre des créanciers plus anciens.

Ainsi la loi 29, combinée avec les lois postérieures, fait précisément ce que mal à propos on a cru trouver dans la loi 30. Elle donne à la femme le droit d'agir, *constante matrimonio*, sur les biens à elle hypothéqués.

Ceci posé, examinons les conséquences de la loi 29. La femme peut se mettre en possession des biens que son mari lui a hypothéqués pour ses apports matrimoniaux [4]. C'était le premier effet de l'exercice de l'hypothèque chez les Romains, car le créancier qui voulait profiter de l'hypothèque devait d'abord se faire mettre en possession de la chose hypothéquée (*supra*, n° 16) : ce n'était qu'après avoir été mis en possession, et après certain délai et certaines formalités, qu'il pouvait faire vendre la chose.

Voilà donc la femme en possession. Mais pourra-t-elle faire comme tous les autres créanciers hypothécaires? Pourra-t-elle faire vendre le fonds hypothéqué, ce qui est le but de toute hypothèque? Non, elle ne le pourra pas. « Ita tamen, ut eadem mulier » nullam habeat licentiam eas res alienandi, » *vivente marito et matrimonio inter eos constituto*, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti, filiorumque, » si quos habet, abutatur. »

---

[1] *Voy.* glose de Godefroy, note *n*.

[2] *Voy.* ce passage de Cujas, *infra*, n° 616.

[3] Récit. solenn. sur le Code *de jure dotium*.

[4] Favre, C. *de jure dotium*, déf. 35. « Mulier quæ, » *marito ad inopiam vergente*, ut sibi pro dote cautum » esset, egerat, et partem *bonorum mariti a tertiis possessoribus* ex ea causa vindicaverat. » Et difinit. 11. « Jus dotis est inter cætera, ut eo nomine possit mulier » bona mariti retinere,... cum habeat illa jure pignoris » obligata, etc. »

Ce sont les propres expressions de la loi 29, *ubi*, quoique, à cette époque, la loi unique au C. *de rei uxor.*, qui défend l'aliénation de la dot, n'eût pas été publiée, et que la femme pût, dans certains cas, consentir à l'aliénation de sa dot.

Et c'est de cela que le président Favre conclut avec raison que cette hypothèque de la femme, dans ce cas spécial [1], ne renferme pas la même condition que les autres hypothèques, c'est-à-dire que *le bien sera vendu si l'argent dû n'est pas payé* [2].

Quel pouvait être le motif de cette exception à la règle générale?

C'est parce qu'on ne voulait pas que la femme reçût des deniers dont la dissipation est facile. « Fragilis enim et lubrica res est » *pecunia* quæ facile perire potest [3]. » C'est parce qu'on croyait que ses droits seraient mieux assurés avec des biens immobiliers produisant des fruits.

Aussi Favre assure-t-il [4] que si une femme eût consenti à recevoir sa dot en argent, dans le cas de séparation de biens pour cause de déconfiture du mari, cela eût été un motif suffisant pour qu'elle se fît restituer en entier. Car ce sont des biens immobiliers que la femme doit recevoir, et pas de l'argent. « Superioribus consequens » est ut, sive mulier ipsa consenserit ut, » *constante matrimonio*, dos in *pecunia reddatur*, non debeat ea res nocere mulieri, » at potius justam præbeat causam restitu» tionis in integrum, etc. »

De plus, et par une nouvelle conséquence de ces idées, on tenait pour opinion commune que les créanciers du mari ne pouvaient user, dans le cas de séquestration des hypothèques de la dot, du droit d'offrir, c'est-à-dire du droit qui permettait au créancier postérieur de se faire abandonner le gage par le créancier antérieur en payant à celui-ci le montant de ce qui lui était dû [5]. Car c'eût été, contre les dispositions de la loi 29, mettre dans les mains de la femme une somme d'argent périssable à la place d'un fonds de terre. Je sais bien que tel n'était pas le sentiment de Fachinée [6]: mais ce juriste convient lui-même qu'il n'est pas de l'avis du plus grand nombre, en soutenant que les créanciers avaient le droit d'offrir.

Ainsi, quand même une femme n'aurait eu qu'une dot mobilière, elle n'aurait pu, d'après les lois romaines, et la jurisprudence attestée par le savant président du sénat de Chambéry, se la faire payer en argent : il fallait qu'elle se fît mettre en possession des biens de son mari à elle hypothéqués, jusqu'à concurrence de son apport, pour les détenir à titre de garantie et en percevoir les fruits, sans qu'il pût vendre ces biens. L'on sait combien à plus forte raison cela devait avoir lieu lorsque la dot de la femme consistait en immeubles que le mari s'était permis d'aliéner. Évidemment elle ne pouvait prendre de l'argent en nantissement.

Mais il n'en est pas moins vrai aussi que dans ce cas la femme pouvait ne pas demander, *constante matrimonio*, la révocation de la vente du fonds dotal; qu'elle pouvait exiger qu'on la mît en possession d'une portion suffisante des biens de son mari. C'est ce qui résulte fort clairement de ce passage de Cujas : « Data est mulieri (ut docuit l. unica C. » *de rei uxor. act.*) *pro fundo dotali* [7] *et pro* » *dote tota*, *quacumque in re consistat*, ta» cita hypotheca, et in rebus ipsis dotali» bus [8], et in omnibus rebus mariti ipsius, » ut beneficio tacitæ hypothecæ, alienatum » vel obligatum fundum dotalem, etiamsi » ipsa consenserit, *vel quo is fundus ei sal*» *vus sit*, bona omnia mariti consequi pos» sit [9]. » Ce passage contient un grand sens, et, pour me servir des expressions employées quelque part par son auteur [10], je pourrais dire qu'il est « *plenissimus juris*. » J'y reviendrai dans le cours de cette discussion.

Voilà donc la femme qui a droit de négliger l'action en revendication pour poursuivre les biens de son mari « *quo fundus*

[1] Les praticiens appelaient l'exercice de ce droit *assecuratio dotis vel indemnitas dotis*. Favre. C. *de jure dot.*, déf. 2, et *passim*.

[2] Favre, C. *de jure dotium*, lib. 5, tit. 7, déf. 2, nº 7, et déf. 3.

[3] L. 79, § 1, *de leg*. 3. L. 22, C. *de adm. tutor*. Favre, C. *loc. cit.*, déf. 2, note 6.

[4] Déf. 3, *loc. cit.*

[5] Favre, *Code*, lib. 5, tit. 7, déf. 2, et *passim in hoc tit.*

[6] *Controv.*, lib. 3, cap. 100.

[7] *Pro fundo dotali!* Donc l'hypothèque a lieu non seulement pour des sommes dotales, mais encore pour le fonds dotal.

[8] *In ipsis rebus dotalibus!* Donc la loi 30, au C. *de jure dotium*, qui accorde à la femme une hypothèque *in ipsis rebus dotalibus*, n'est pas abrogée par la loi unique au C. *de rei uxor. act.*

[9] Récit. solenn., C. *de rei uxor. act.*, § dern., col. 1.

[10] Récit. solenn. sur le C. *de jure dotium*.

dotalis ei salvus sit. » Cette décision de Cujas ne laisse pas de place à l'équivoque.

Dira-t-on que c'est favoriser l'aliénation du fonds dotal que Justinien avait interdite par le paragraphe final de la loi du C. *de rei uxor. act.*?

Mais si la doctrine de Cujas avait ce résultat, pourrait-on supposer que cet esprit profond et lumineux s'y fût abandonné précisément en commentant ce paragraphe de la loi qui prohibe l'aliénation du fonds dotal!

Ensuite, comment ne fait-on pas attention que ce dépôt des biens du mari donné à la femme, sans qu'elle pût les aliéner et pour qu'elle pourvût à sa subsistance et à celle de ses enfants, ne la privait pas du droit de réclamer sa dot en nature? En effet, la loi 29 dans sa disposition finale porte: « Ipsis etiam » marito et uxore post matrimonii dissolu- » tionem, super dote et ante nuptias dona- » tione, pro dotalium instrumentorum te- » nore, *integro suo jure potituris.* »

617. Si je passe à la jurisprudence française, je trouve que nous n'avons jamais admis cette mise en action de l'hypothèque dont parle la loi 29. Chez nous l'hypothèque n'a de tout temps produit d'autre droit que celui de faire vendre, après la saisie de justice, le bien hypothéqué.

D'où il suit que si une femme eût apporté à son mari une dot mobilière, et que celui-ci fût tombé en déconfiture, sa femme pouvait se faire colloquer pour le montant de sa dot sur le prix des immeubles saisis sur son mari [1]. Seulement on ordonnait que le montant de la collocation accordée à la femme serait placé d'une manière sûre, afin qu'elle pût en toucher les intérêts sans avoir la possibilité d'en dissiper le capital [2].

Mais lorsque la femme apportait à son mari une dot immobilière, c'est-à-dire *inaliénable*, et que le mari se permettait de la vendre, on ne voit pas que la femme ait jamais pu abandonner *définitivement* en France, pas plus que dans le droit romain, son droit à revendiquer sa dot, et préférer *définitivement aussi* à son immeuble une collocation mobilière. C'eût été tolérer directement l'aliénation de la dot *pendant le mariage*, et violer la loi unique au C. qui faisait loi dans les pays de droit écrit. Si les femmes ont obtenu des collocations sur le prix des immeubles du mari vivant, mais obéré, ce n'a jamais pu être qu'à titre de collocation provisoire. Envisagée sous ce point de vue, la collocation ne consacrait pas l'aliénation de la dot. La femme conservait toujours le droit de faire révoquer l'aliénation. Sa collocation n'était qu'une garantie de plus pour mettre à couvert ses droits : *quo fundus dotalis ei salvus sit*, comme disait Cujas. On sent que, dans beaucoup de cas, il pouvait être utile à la femme de prendre des sûretés : quelquefois le fonds dotal avait été l'objet de dégradations majeures dans les mains d'un tiers acquéreur dissipateur et mauvais père de famille. Le reprendre dans cet état, ce n'eût pas été un moyen d'assurer la subsistance de la mère, de son mari, de ses enfants. La collocation sur le prix des biens vendus du mari, venait au secours de la femme, et mettait entre ses mains un capital que l'on plaçait avec sûreté, et qui, en même temps qu'il lui procurait des revenus annuels et fixes, lui garantissait qu'elle pourrait plus tard rentrer dans son fonds dotal sans perte. Quelquefois aussi le fonds dotal aliéné avait reçu entre les mains de l'acquéreur des améliorations considérables, des impenses qu'il était impossible à la femme de rembourser sur-le-champ; son action en revendication se trouvait paralysée. En attendant, les biens de son mari étaient mis en vente et adjugés. Fallait-il que, privée de la possibilité actuelle de réclamer son fonds dotal, elle vît le prix des biens du mari distribué à ses créanciers, sans qu'elle y prît part? Non, sans doute. Elle se faisait colloquer pour la valeur de son fonds dotal aliéné, et elle jouissait de cette collocation tant que les mêmes obstacles s'opposaient à la revendication de son fonds dotal. Mais aussi longtemps que durait le mariage, elle pouvait reprendre sa dot en abandonnant sa collocation, parce que la dot était inaliénable pendant la durée du mariage. Ce n'était qu'à la dissolution du mariage qu'elle pouvait faire en faveur de la collocation en argent une option définitive, parce qu'alors seulement sa dot cessait d'être placée hors du commerce.

On voit que ce système était absolument

---

[1] *Infra*, no 618, une espèce jugée par le parlement de Provence.

[2] Boniface, vol. 1, tit. *des Dots*.

celui du droit romain, si ce n'est en ce qui concerne la vente du fonds hypothéqué qui devait nécessairement avoir lieu en France dans les principes du régime hypothécaire, tandis qu'à Rome on avait voulu que la femme en conservât la possession et ne pût l'aliéner.

618. Je crois avoir retracé avec fidélité l'esprit de l'ancienne jurisprudence : c'est, ce me semble, faute de l'avoir bien saisi, qu'on s'est livré à des réflexions chagrines qui tombent dans la déclamation. Il me reste à justifier par des autorités ce que je viens d'avancer.

Écoutons cette espèce retracée par Boniface :

La femme Rostagne, se mariant avec Goiran, se constitua en dot 900 livres en argent, et le bois de Pin, lequel fut vendu en 1615 par Goiran à Feautrier et Spagnet. En 1618, les affaires de Goiran s'étant dérangées, la femme Rostagne se fit colloquer sur les biens de son mari pour la somme de 900 fr., et demanda sa mise en possession sur le bois de Pin; mais Feautrier et Spagnet s'y opposèrent. La femme Rostagne garda le silence jusqu'en 1628. Alors ayant fait estimer le bois de Pin à 7000 francs, elle se fit colloquer pour cette somme sur les biens qui restaient à son mari. Mais en l'année 1637, Goiran père céda à son fils une partie de biens sur lesquels portait la collocation de sa femme, et cela pour le remplir des sommes qu'il lui avait données par son contrat de mariage. Il mourut en 1643. La femme Rostagne se pourvut alors pour être mise en possession du bois de Pin, comme étant un fonds dotal et par conséquent inaliénable, et elle se rendit appelante de la sentence du lieutenant qui lui avait permis de se colloquer sur les biens de son mari pour 7000 francs, désavouant toute la procédure, comme faite par son mari *en usurpant son nom*. Elle disait que la conséquence de cette collocation serait de faire considérer le fonds dotal comme aliénable, contre la disposition du droit. Mais qu'il fallait dire que les collocations faites par les femmes, MARITO VERGENTE AD INOPIAM, *ne sont que pour leur assurance, et* UT SE SUOSQUE ALANT; *qu'après la mort du mari elles pouvaient renoncer à leurs collocations, et prendre leur fonds dotal*. Elle répondait par là au moyen que l'on tirait contre elle de la maxime, *electa una via*, etc. — Par arrêt du 14 novembre 1644, la possession du fonds dotal fut donnée à la femme Rostagne [1].

L'usage des parlements de ne pas motiver leurs décisions ne permet pas de savoir si la prétention de la femme Rostagne fut admise par la raison que la procédure en collocation avait été faite à son insu, ou bien par la raison que la collocation n'était qu'une assurance provisoire, que la femme pouvait abandonner pour reprendre son fonds. Il y a cependant lieu de croire que c'est ce dernier motif qui dut prévaloir dans l'esprit des juges, parce que d'abord il est fondé sur la disposition expresse de la loi 29 au C. *de jure dotium*, parce qu'ensuite regarder comme définitive l'option des femmes pour l'action hypothécaire, c'eût été amener par un chemin détourné à l'aliénation de la dot.

J'ose donc croire que j'ai été dans les vrais principes dans ce que j'ai dit ci-dessus.

619. Je m'attends, toutefois, qu'on va m'opposer Despeisses, qui dit en toutes lettres que la femme ayant une fois demandé d'être allouée sur les biens de son mari, ne peut plus ensuite être admise à révoquer l'aliénation de son fonds dotal. Mais je suis moi-même pressé de citer cet auteur : d'abord, parce qu'il ne dit rien de contraire à mon opinion, et qu'il suffit de prendre sa pensée sous son véritable point de vue pour en être convaincu; ensuite parce que les partisans de la collocation de la femme pendant le mariage se sont servis de l'opinion de Despeisses pour appuyer la leur, quoique cet auteur ne traite pas du tout la question [2]. C'est ce que je dois faire remarquer, quoique je sois un des partisans de la collocation : mais comme je ne cherche que la vérité, je ne veux pas qu'elle se présente avec de fausses citations.

« La femme, dit Despeisses (t. 1er p. 277),
» ne peut être contrainte de faire cette ré-
» vocation, même du fonds dotal inestimé,
» qui a été aliéné par le mari : mais elle a le
» choix ou de révoquer ladite aliénation,
» ou bien de demander le prix qui a été
» reçu par son mari. Ranchin, *ad cap.*

[1] Boniface, vol. 1, p. 370. Liv. 6, tit. 2.

[2] *Voy.* le plaidoyer de Me Devèze-Biron devant la cour de Nîmes (*Gazette des Tribunaux, loc. supra cit.*). Je m'étonne que Me Crémieux, son adversaire, ait regardé la citation comme concluante. Il pouvait se donner facilement l'avantage de prouver qu'elle n'était pas applicable.

» Raynut, *in verbo cujus bona*, n° 43. Comme » il a été jugé en la chambre d'édit de Béziers au rapport du sieur Ranch, le » 26 avril 1627, entre Balthasar Dardaillon » et les créanciers de Pierre Deshours, qui » voulaient empêcher que Jean Deshours, » héritier de Claude de la Jonquière, femme » dudit Pierre Deshours, ne demandât le » prix, sachant bien que pour ce prix il se» rait préféré à eux, et le voulaient obliger » de faire telle révocation. Le semblable a » été jugé en ladite chambre le 28 août » 1637, en l'affaire de la distribution des » biens de Michel Laval habitant de Mont» pellier, et le 1er septembre 1637, par arg. » l. *si mulier*, 31 *ad S. C. Vellejan*. Car » puisque Justinien en la loi *in rebus* 30, » C. *de jure dot.*, donne à la femme *sur les* » *biens dotaux*, soit estimés, soit inestimés, » l'action de vendication et hypothécaire, » èsquelles il la rend préférable à tous » créanciers antérieurs du mari, il s'ensuit » qu'ayant non-seulement la vendication » pour demander sa chose, mais aussi l'hy» pothécaire pour demander le prix, elle a » le choix de demander ou le prix ou la » chose..... Mais la femme ayant une fois » demandé d'être allouée *sur les biens de son* » *mari*, en cas d'insuffisance des biens d'ice» lui, ne peut plus révoquer l'aliénation. » Jugé à Castre le 1er septembre 1637. »

Tout ce paragraphe de Despeisses ne traite que du cas où la femme ou ses héritiers demandent la restitution de la dot, *soluto matrimonio*. Le chapitre d'où il est extrait est intitulé : *De la restitution de la dot après la dissolution du mariage*. Dans l'espèce retracée par l'auteur, Jean Deshours faisait valoir les droits de sa mère décédée : donc le mariage était dissous. Mais dans ce cas, et lorsque la dot est devenue aliénable, qui a jamais pu contester à la femme, ou à ses représentants, le droit de ratifier l'aliénation et de préférer une collocation mobilière? On conçoit que si alors elle fait son option, cette option est définitive, comme le dit Despeisses et comme je l'ai dit moi-même à la fin du n° 617, parce qu'alors tous les droits de la femme sont ouverts, et que, pouvant choisir, on peut lui opposer avec succès la maxime *electa una via*, etc.

Mais telle n'est pas notre question. Nous plaçons la femme dans un cas où sa dot est encore inaliénable, et où une option définitive consacrerait l'aliénation de la dot. En voilà assez pour prouver que l'opinion de Despeisses ne peut être invoquée, et qu'elle est tout à fait inapplicable.

620. Il faut voir maintenant ce que le Code civil a décidé sur cette question.

D'abord le fonds dotal est inaliénable comme sous le droit romain, et le consentement de la femme ne peut modifier le principe fondamental posé par l'art. 1554 du Code civil.

La femme n'a plus besoin de l'hypothèque sur son fonds dotal telle que la lui avait accordée la loi 30 au C. *de jure dotium*, parce que l'art. 1552 du Code civil a fait disparaître les subtilités que le droit romain tirait du droit de propriété que le mari avait sur la dot. Ainsi la revendication suffit à la femme.

Mais, de même que par le droit romain, la femme a une hypothèque générale et tacite sur tous les biens de son mari, pour *sa dot* et conventions matrimoniales. Il semble donc que, si sa dot est aliénée par le mari, elle peut, dans le cas où ses intérêts le lui conseillent, prendre la voie hypothécaire pour s'assurer qu'elle ne sera pas en perte.

Cette vérité devient plus palpable par l'art. 2195. Cet article, qui, comme le remarque la cour de cassation, s'applique au régime dotal comme au régime de la communauté, défend à l'acquéreur d'un bien du mari de faire aucun payement du prix au préjudice de l'inscription que la femme doit prendre lorsqu'on remplit à son égard les mesures nécessaires pour le purgement de l'hypothèque légale. Cette prohibition ne dit-elle pas clairement que la femme peut dans tous les cas, même *constante matrimonio*, s'emparer, au préjudice des créanciers postérieurs du mari, de la somme nécessaire pour s'indemniser de la vente de son bien dotal?

621. Grenier, qui a senti la force de cette objection, croit s'en tirer par cette seule raison qu'il jette en avant comme une vérité incontestable : « Ici se présente, dit-il, » une réflexion bien simple, c'est qu'il est » évident que ces articles s'appliquent seu» lement au cas de l'hypothèque légale que » la femme exerce sur les biens de son mari, » *pour sa dot mobilière*, » et Grenier n'ajoute rien pour prouver sa proposition [1].

Mais je réponds que non-seulement cette proposition n'est pas évidente, mais encore

[1] Grenier, nos 249 et 260.

qu'elle contient une erreur manifeste. En effet, l'art. 2135 donne à la femme une hypothèque légale pour *raison de sa dot et conventions matrimoniales*. L'art. 2121 lui assure cette hypothèque légale *pour ses droits*, ce qui comprend tous les droits quelconques, savoir, les droits mobiliers ou immobiliers, de même que le mot *dot* comprend la dot immobilière comme la dot mobilière.

Si Grenier n'est pas satisfait de cette raison, qu'il me permette de lui fermer la bouche par l'autorité de son maître et du mien, du grand Cujas. *Data est mulieri pro* FUNDO *dotali, et pro dote tota,* QUACUMQUE IN RE CONSISTAT, *tacita hypotheca, et in ipsis rebus dotalibus et in omnibus rebus mariti ipsius* [1]. J'ai déjà dit que ces termes ne laissaient pas de place à l'équivoque, et j'avais mes raisons pour cela, comme on le voit maintenant. Ainsi qu'on ne nous dise pas que cette opinion de Cujas se rapporte à un état de choses qui n'existe plus; qu'alors la dot pouvait être aliénée dans certains cas par le mari, etc. — Pas du tout : Cujas écrit précisément ces mots en commentant la loi qui prohibe l'aliénation de la dot, même avec le consentement de la femme.

622. Maintenant quelle idée pouvons-nous nous faire de l'intérêt que Grenier cherche à jeter sur les créanciers postérieurs du mari? Il les représente comme trompés par un recours de la femme auquel ils n'avaient pas lieu de s'attendre. Mais il faut répondre que les créanciers du mari ont dû craindre que la femme n'exerçât sa primauté sur eux pour le prix de sa dot aliénée, puisque la loi lui donne une hypothèque positivement *pro fundo dotali*. Alors ils ont dû prendre leurs précautions.

Que diraient les créanciers si, à la dissolution du mariage, la femme, préférant une somme liquide à son fonds dotal, venait demander une collocation sur les biens du mari vendus pour la valeur de son fonds dotal aliéné? ils ne pourraient lui opposer aucune exception. Elle serait dans son droit : ils auraient dû prévoir cet événement. Pourquoi n'auraient-ils pas dû avoir la même prévoyance pour le cas où la femme demanderait sa collocation *constante matrimonio?*

623. Je n'ai plus rien à dire de cette raison donnée par Grenier et ses partisans, et qui est le fondement de sa thèse, savoir, que la faculté accordée à la femme de venir à l'ordre, contient une aliénation de la dot. Sous le Code civil, comme sous l'ancienne jurisprudence, et sous le droit romain, il doit être certain que la collocation de la femme n'a rien de définitif pour elle, *constante matrimonio;* qu'elle peut l'abandonner à la dissolution du mariage, ou même avant, et que ce n'est qu'après la mort de l'époux que, le fonds dotal étant devenu aliénable, la femme peut définitivement renoncer à sa dot, et en ratifier par conséquent l'aliénation.

On me demandera peut-être où je trouve cette explication écrite dans la loi? je répondrai qu'elle résulte du principe de l'inaliénabilité de la dot établi par le Code civil. Elle a été adoptée, au reste, dans un arrêt de la cour de Grenoble du 30 juin 1825, qui maintient un jugement de Grenoble du 10 juin 1824. *V.* cass. 27 juillet 1826.

624. Que dirai-je des exagérations auxquelles on se livre pour représenter le système que j'adopte comme funeste aux intérêts de la femme?

On prétend que le prix du fonds dotal aliéné peut avoir été dissimulé par le mari au moyen de contre-lettres ! « Une femme » (dit Mᵉ Crémieux en commentant devant » la cour de Nîmes l'opinion de Grenier), » une femme se constitue en dot 100,000 fr. » d'immeubles : le mari les vend 60,000 fr., » la femme viendra réclamer 60,000 fr. sur » les biens du mari. Voilà 40,000 fr. déjà » dévorés. Elle emploiera les 60,000 fr. à » d'autres immeubles; le mari vendra de » nouveau; la femme optera de nouveau » pour le prix. Deux ou trois ventes succes» sives auront consumé la dot. »

Voilà bien des terreurs paniques ! D'abord la femme, conservant toujours le droit de reprendre sa chose jusqu'à la dissolution du mariage, n'a pas à craindre de voir son fonds dotal dévoré, comme on le dit, par le résultat d'une collocation qui n'est pour elle qu'une garantie de plus.

Ensuite, pourquoi veut-on que la femme soit précisément bornée à réclamer le prix tel qu'il a été fixé entre l'acquéreur et son mari? Elle doit réclamer la valeur réelle de son immeuble d'après une juste estimation : car la femme ne doit pas perdre par le fait de son mari : c'est ainsi que, dans l'affaire retracée par Boniface et dont j'ai parlé ci-dessus, on voit que la femme Rostagne, voulant obtenir collocation, commença par

[1] *Voy.* ci-dessus, nº 616, le passage entier.

faire estimer son bois de Pin aliéné.

625. Me Crémieux ajoutait à tous ces moyens une raison tirée de l'art. 2135 du Code civil.

« Cet article, dit-il, n'accorde d'hypo- » thèque légale à la femme que pour la rem- » plir de ses propres aliénés. Or cette hypo- » thèque ne se réfère qu'au régime de la » communauté. Quant au prix des immeu- » bles dotaux aliénés, l'article n'accorde au- » cune hypothèque; il ne le pouvait pas : il » aurait implicitement autorisé une aliéna- » tion qu'il voulait proscrire. »

Mais ce n'est encore là qu'un paralogisme.

Si l'art. 2135 mentionne l'hypothèque de la femme pour remploi de propres aliénés, ce n'est pas pour refuser une hypothèque pour le prix de la dot aliénée. C'est parce qu'il fallait déterminer *la date* de l'hypothèque pour le remploi. J'ai dit *supra* (no 589 *bis*) pourquoi on avait fixé cette date au jour de la vente. J'ai dit aussi, au même lieu, pourquoi on n'avait pas fixé une date spéciale autre que celle du contrat de mariage, pour l'hypothèque à raison de l'aliénation du fonds dotal. Je crois devoir maintenir ici tout ce que j'ai avancé. Ainsi ce n'est pas du tout le cas d'appliquer ici la maxime, *inclusio unius est alterius exclusio*.

626. Il est temps de résumer cette longue dissertation.

Par le droit romain la femme avait l'action en revendication, ou bien l'action hypothécaire pour sa dot aliénée. Elle pouvait, suivant l'exigence des cas, laisser dormir, pendant le mariage, l'action en revendication, et se faire mettre en possession des biens de son mari jusqu'à concurrence de la valeur de sa dot, *quo fundus dotalis ei salvus sit*. A la vérité, elle ne pouvait pas faire vendre ces biens, et pousser jusqu'à leur dernière conséquence les effets de son hypothèque; mais c'était une exception que l'intérêt de la femme avait fait établir, et qui n'était pas incompatible avec le système hypothécaire des Romains. A la dissolution du mariage, la femme restait maîtresse de reprendre sa dot, et de renoncer à son envoi en possession dans les biens de son mari.

Dans l'ancienne jurisprudence française, les mêmes principes régnaient dans les pays de droit écrit, à la seule différence que, le régime hypothécaire français étant, sous beaucoup de rapports, différent du régime hypothécaire romain, la femme, au lieu de se mettre en possession des biens du mari, ne pouvait venir à collocation que sur le prix; mais l'on pourvoyait à ce qu'elle ne pût dissiper l'argent provenant de cette collocation, par des mesures salutaires. Du reste, la femme pouvait toujours, à la dissolution du mariage, reprendre l'action en revendication, si elle lui était plus utile.

Le Code civil a été conçu dans les mêmes idées de garantie pour la femme. Un texte formel défend à l'acquéreur du bien du mari de faire aucun payement au préjudice de la femme qui s'est fait inscrire [1]. Or, la femme peut se faire inscrire non-seulement pour répétition mobilière contre son mari, mais encore pour son fonds dotal aliéné, car elle a une hypothèque *pro fundo dotali*. Donc la femme, en demandant sa collocation, ne fait qu'user du bénéfice de la loi qui, loin de lui avoir tendu un piége, comme le soutiennent ceux qui ne sont pas entrés dans son esprit, lui a assuré une double garantie, et a mis tous ses intérêts à couvert sans que les créanciers du mari puissent s'en plaindre, puisqu'ils ont été avertis par la latitude de l'hypothèque donnée à la femme.

627. Si, lorsque la femme est libre par la dissolution du mariage, elle opte pour la collocation, son droit à demander la révocation de la vente du fonds dotal demeure éteint. Si, au contraire, elle renonce à l'hypothèque pour exercer l'action révocatoire, alors les créanciers du mari viennent prendre sa place dans la collocation. C'est pour cela qu'il est d'usage, dans les ordres où la difficulté se présente, de colloquer *condi-*

---

[1] Cependant la femme dont le contrat de mariage autorisait l'aliénation des immeubles dotaux, mais à la charge de remploi, ne peut, même après séparation de biens, intenter contre l'acquéreur l'action en nullité ou révocation de la vente pour défaut de remploi; elle n'a, dans ce cas, que l'action hypothécaire sur les biens de son mari, ou l'action en payement du prix contre l'acquéreur. (Code civil, art. 1560 et 2121. Grenoble, 17 décembre 1835.)

Jugé au contraire : Lorsque, par le contrat de mariage, le mari a été autorisé à aliéner les biens dotaux de sa femme, mais toutefois à la charge de faire remploi du prix en immeubles, s'il arrive que l'aliénation soit faite sans remploi, la femme n'a pas d'*hypothèque légale* sur les biens de son mari, pour le prix de l'immeuble vendu; elle n'a que l'action *en révocation* de la vente contre l'acquéreur. La femme ne peut donc, de ce chef, réclamer collocation dans un ordre ouvert sur son mari. (Grenoble, 12 janv. 1835. Cassé par l'arrêt du 28 nov. 1838, Grenoble. *Voy.* no 612.)

tionnellement les créanciers postérieurs à la femme, qui sont en rang utile. Alors, pour combiner tous les intérêts, on charge l'adjudicataire des biens du mari de conserver le montant de la collocation de la femme jusqu'à la dissolution du mariage, avec charge d'en payer l'intérêt à la femme. On réserve à la femme ses droits contre les tiers acquéreurs de ses biens dotaux pour agir contre eux, si bon lui semble, à la dissolution du mariage : et, si ce cas arrive, on ordonne que les sommes à elle allouées pour le montant de sa collocation seront acquises aux créanciers de son mari utilement colloqués après elle [1].

628. Il me reste à indiquer quelques questions transitoires, suggérées par la disposition finale de notre article, portant : « Dans » aucun cas, la disposition du présent ar- » ticle ne pourra préjudicier aux droits ac- » quis à des tiers avant la publication du » présent titre. »

En ce qui concerne les créanciers du mari, on sait que la loi de brumaire an 7 obligeait à l'inscription les hypothèques légales des femmes et qu'elles étaient primées par les créanciers plus diligents qu'elles. Si, à la promulgation du Code civil, une femme mariée sous la loi précédente n'eût pas pris d'inscription, ou si cette inscription eût été postérieure à celle du créancier, ce créancier aurait dû conserver son droit d'antériorité. L'affranchissement d'inscription accordé à la femme par la loi nouvelle n'a pas privé le créancier d'un droit acquis. C'est ce qu'on lit dans tous les livres, et que je ne fais qu'exposer en passant [2].

629. *Quid* si aucun des créanciers du mari n'eût pris inscription sous l'empire de la loi de brumaire, ni à la promulgation du Code civil, et que la femme eût montré la même négligence?

Comme le Code civil a dispensé de l'inscription toutes les femmes mariées à quelque époque que ce soit, même celles mariées avant sa promulgation, il s'ensuivrait que, par le Code civil, la femme aurait une hypothèque légale dispensée d'inscription à compter du jour du mariage, et qu'elle primerait tous les créanciers du mari postérieurs au mariage et non inscrits avant la promulgation du Code civil. Ces créanciers ne pourraient s'en plaindre. Ils n'avaient pas de droit acquis [3], et la promulgation du Code civil aurait valu inscription pour la femme [4].

630. En ce qui touche les femmes elles-mêmes, on demande si, lorsqu'une femme s'est mariée sous une loi ou une coutume qui lui assure une hypothèque *du jour du mariage* pour l'indemnité des dettes et le remploi des propres aliénés, on doit néanmoins lui appliquer l'art. 2135 du Code civil, lorsque, postérieurement à la promulgation de cet article, son mari aliène ses propres, et lui fait contracter des dettes.

La section des requêtes avait d'abord adopté l'opinion que l'hypothèque ne pouvait dater du mariage. Car, disait-elle, la femme qui ne s'est pas inscrite sous le régime de la loi de l'an 7, ne peut invoquer que l'art. 2135 du Code civil. Or, en adoptant cet article, elle ne peut le diviser. Il faut donc qu'en profitant d'une part des dispositions qui la dispensent de l'inscription, elle accepte de l'autre celles qui ne placent l'hypothèque qu'à la date des aliénations et des dettes contractées [5].

Mais ce système a été depuis abandonné par elle, et la section civile a jugé par trois arrêts que, bien que les dettes aient été contractées par la femme depuis le Code civil, néanmoins elle devait avoir hypothèque à la date de son mariage, si elle s'était mariée sous un statut qui la reportât à cette époque [6].

C'est aussi ce qu'ont jugé un arrêt de Metz du 18 juillet 1820, et un arrêt de Colmar du 14 mai 1821 [7].

---

[1] *Voy.* arrêt de Grenoble du 30 juin 1825.

[2] Arrêt de Paris du 19 août 1808. Grenier, n° 260. Cass., 16 juillet 1817.

[3] Tarrible, *Répert.*, v° *Inscript. hyp.*, § 3, n° 12. Chabot, *Quest. transit.*, t. 2, p. 61 et suiv. Grenier, n° 310. Bruxelles, 24 déc. 1806. Colmar, 31 août 1811. Cass., 8 nov. 1809, et 12 mars 1811.

[4] La femme mariée avant le Code civil peut réclamer l'hypothèque légale consacrée par l'art. 2135. Dans cette hypothèse, ses apports sont suffisamment constatés par un contrat de mariage sous seing privé, mais dont la date est devenue certaine avant la publication du Code. (Rejet, 1er février 1816.)

[5] Arrêt du 7 mai 1816.

[6] 10 février 1817, 10 janvier 1827, 26 février 1829.

[7] Lyon, 11 avril 1823; cass., 12 août 1834, et 26 janvier 1836. Poitiers, 18 juin 1838. On trouve dans Paillet une longue dissertation sur cette question : *voir* édit. de 1842, p. 759, note c. De l'avis de Troplong, *voy.* Duranton, t. 19, n° 297; Tessier, *Dot*, t. 2, n° 134. *Contra*, Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, art. 2, et *Rente constituée*, § 12, art. 3; Grenier, *Hypoth.*, n° 239.

Cette jurisprudence, quoique combattue par Grenier [1], me paraît préférable.

En effet, les droits qui résultent d'un contrat de mariage, et même de tout contrat quelconque, sont hors des atteintes de la loi postérieure, quand même ils ne seraient *qu'éventuels* [2]. Peu importe que les stipulations matrimoniales soient écrites ou résultent de la force de la loi. Les parties sont censées avoir adopté tout ce que porte la loi [3].

Or, par l'effet du mariage, la femme a eu la promesse qu'elle aurait une hypothèque dès le jour du contrat pour indemnité de dettes et remploi de propres aliénés. C'était une des garanties qui lui étaient offertes, et sur lesquelles elle a dû compter. Il y avait donc pour elle un droit acquis.

On objecte que l'art. 2135 ne doit pas se scinder. Mais c'est une subtilité. L'art. 2135 et la loi de l'an 7 n'ont pas entendu toucher au fond des *droits acquis* aux femmes mariées; elles ont pu les soumettre à quelques conditions accessoires, comme l'inscription, puis les en dispenser. Mais elles n'ont pas voulu revenir sur des clauses et des stipulations formant des droits acquis.

Il suit de là que l'art 2135 n'a parlé que pour les *mariages à venir,* quand il a parlé de *la date* de *l'hypothèque* du remploi et de l'indemnité des dettes. Quant à la dispense d'inscription, elle s'applique, à la vérité, aux mariages contractés avant le Code. Mais ce n'est pas là un effet rétroactif; c'est un effet de la loi qui laisse l'avenir intact, qui opère actuellement, et qui d'ailleurs ne peut nuire aux droits des tiers, comme on l'a vu ci-dessus (n° 629). Cet avis est aussi embrassé par Dalloz [4].

631. *Quid* s'il s'agit de successions échues à la femme?

Grenier pense que dans ce cas l'hypothèque de la femme doit remonter au jour du mariage, bien que la succession soit échue à la femme après la publication du Code civil. Cet auteur se concilie avec lui-même en disant que dans ce cas il s'agit exclusivement d'un droit *éventuel* qui n'a rien de *potestatif*, tandis que dans l'hypothèse précédente, le mari ou la femme sont libres de vendre ou de contracter des dettes [5].

Notre opinion, pour être d'accord avec elle-même, n'a pas besoin de ces distinctions subtiles, je dirai même mal fondées. Il ne s'agit pas de savoir si la femme s'appuie sur une condition potestative ou non : il s'agit de savoir quel droit acquis elle avait lors de son mariage, par l'effet de cette condition.

631 *bis*. La femme que le Code civil a trouvée veuve n'a pas pu profiter de la dispense d'inscription portée par notre article. Ce n'est pas pour les femmes affranchies de la puissance conjugale que le Code a parlé; c'est pour celles qui sont *mariées*, comme le dit l'art. 2121 [6].

De même si le mariage était dissous avant le Code civil par la mort de la femme, ses représentants n'ont pu se prévaloir de l'article 2135 [7].

On a demandé si l'art. 2135 profitait à la femme séparée de biens avant le Code civil. La cour d'Aix a décidé la négative, par arrêt du 1er février 1811, par le motif que, s'agissant d'une femme régie par les lois du pays de droit écrit, l'autorité maritale ne l'atteignait pas, à raison de sa séparation.

Cette décision est insoutenable.

L'art. 2135, combiné avec l'art. 2121, prouve qu'il suffit qu'une femme soit *mariée*, bien que séparée de biens et *même de corps*, pour jouir de la dispense d'inscription.

De plus, si, avant le Code civil, la femme était, en pays de droit écrit, affranchie de la puissance maritale pour ses paraphernaux, elle s'y est trouvée soumise, *malgré sa séparation*, par les art. 217 et 1449 de ce Code [8]. L'obliger à prendre inscription d'après ces dispositions, c'était se mettre en contradiction avec les motifs de la loi que la cour d'Aix invoquait elle-même lorsqu'elle disait : « Considérant que l'art. 2135 » ne peut s'appliquer qu'aux femmes en

---

[1] Grenier, nos 243 et suiv.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Effet rétroactif*, p. 233, col. 1.

[3] Pothier, *Communauté*, n° 10.

[4] Dalloz, v° *Hyp.*, p. 143. *Sic*, cass., Paris, 12 août 1834; Rouen, 19 mars 1835; Paris, 26 mars 1836. Lyon; rejet, cass., 23 juin 1824.

L'art. 2135, Code civil, qui dispense d'inscription l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari, est applicable même à l'égard des droits de la femme nés antérieurement au Code. Ce n'est pas là donner un effet rétroactif au Code. (Paris, 25 février 1831. *Sic*, Chabot, *Quest. trans.*, v° *Hyp.*, § 3, t. 2, p. 61; Grenier, n° 238; Duranton, t. 19, n° 393; Tessier, t. 2, n° 138, lettre B, p. 520.)

[5] Grenier, n° 242.

[6] Arrêt de cass. du 7 avril 1813. Arrêt de cass. du 9 novembre 1813, etc.?

[7] Cass., 7 août 1813, *loc. cit.* Grenoble, 28 janvier 1818.

[8] C'est là un point certain.

» puissance de mari, puisque, d'après les » motifs de l'orateur du gouvernement, les » femmes sont *dans l'impuissance d'agir*, et » qu'on ne doit pas les punir quand il n'y a » pas faute de leur part. »

Or c'est précisément d'une femme en puissance de mari que la cour d'Aix avait à s'occuper. Elle devait donc arriver à un résultat tout opposé à celui auquel aboutit son arrêt.

ARTICLE 2136.

Sont toutefois, les maris et les tuteurs, tenus de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps.

SOMMAIRE.

632. Obligation des maris de faire inscrire l'hypothèque légale qui grève leurs biens. Idem des tuteurs.
632 *bis*. Peine de stellionat contre eux. Dans quel cas.
633. 1° Du cas d'hypothèque conventionnelle accordée par le tuteur et le mari.
633 *bis*. 2° Du cas d'hypothèque légale ou judiciaire, et de privilége. Grande erreur de notre article.

COMMENTAIRE.

632. Comme je l'ai dit plus haut, l'hypothèque légale des femmes et des mineurs n'est pas absolument dispensée d'inscription (n° 571); ce n'est que dans l'intérêt des femmes et des mineurs que cette dispense d'inscription a été introduite; en sorte que le défaut d'inscription ne peut jamais leur être opposé, que lorsqu'ils ont été mis en demeure de s'inscrire par les formalités nécessaires à la purgation des hypothèques légales.

Mais, avant ce temps, la loi a voulu que les maris et tuteurs fissent connaître par la voie de l'inscription les hypothèques légales qui grèvent leurs biens. Elle exige qu'ils requièrent ces inscriptions sans *aucun délai* [1].

632 *bis*. Si les tuteurs et maris ont omis de prendre ces inscriptions, et qu'ils consentent ensuite des hypothèques sur leurs biens, sans déclarer *expressément* les hypothèques légales dont ils sont grevés, ils sont réputés stellionataires.

Mais ceci demande quelques explications.

633. 1° En ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, notre article ne présente aucun embarras. Son texte est clair. Les maris ou les tuteurs qui accordent hypothèque sur leurs biens, sans déclarer expressément la charge dont ils sont grevés au profit des femmes ou des mineurs, encourent la peine du stellionat.

Mais remarquez que cette déclaration expresse n'est nécessaire qu'autant que l'hypothèque de la femme ou du mineur n'a pas été rendue publique par l'inscription.

Maintenant deux questions sont à examiner :

Le mari échappe-t-il à la peine du stellionat s'il a été de bonne foi? On sent qu'en cela il faut peser les circonstances.

Par exemple : si le mari déclarait que le

---

[1] Mais aux frais de qui sont les inscriptions? V. *infra*, n° 730 *bis*.

bien qu'il hypothèque *est exempt de dettes et d'hypothèque*, il pourrait rarement exciper de sa bonne foi. Car comment un mari ignorerait-il que l'hypothèque de sa femme pèse sur ses immeubles [1]?

Toutefois, si le mari faisait une pareille déclaration parce qu'il aurait juste sujet de croire que l'hypothèque de sa femme aurait été détachée de l'immeuble en question, par suite d'une réduction, quoique plus tard cette réduction eût été déclarée nulle, il y aurait bonne foi; et dans un cas pareil, la cour de cassation a décidé qu'il n'y aurait pas stellionat [2].

Concluons donc que tout dépend des circonstances, et que s'il y a *bonne foi* de la part du mari qui croyait l'immeuble libre, notre article sera inapplicable. Mais encore une fois, cette croyance ne pourra se présenter comme admissible que dans des cas fort rares.

Seconde question : La déclaration *expresse* du mari ou du tuteur exigée par notre article, pourrait-elle être suppléée par les circonstances?

Par exemple, pourra-t-on se prévaloir de ce que le mari ou le tuteur ont déclaré leur qualité, ou de ce que celui avec qui ils ont contracté savait qu'il y avait hypothèque préexistante de la femme ou du mineur sur l'immeuble qui a fait l'objet de la convention?

Persil, et après lui Dalloz, ne veulent admettre aucun équipollent, et c'est ce qu'a jugé la cour de Limoges, par arrêt du 18 avril 1828, dans une espèce où le mari avait pris cette qualité de mari dans l'acte contenant l'institution de l'hypothèque, et où le créancier savait si bien que son débiteur était marié, qu'il avait assisté comme témoin à son contrat de mariage. Une décision semblable est émanée de la cour de Poitiers, à la date du 29 décembre 1830 [3].

Ces solutions, quoique rigoureuses, sont conformes au texte de notre article, qui a voulu s'armer de sévérité contre les maris ou les tuteurs qui n'ont pas pris d'inscription pour leurs épouses ou leurs pupilles, et qui ne suppléent pas à ce défaut d'inscription par des déclarations *expresses* : de même que l'inscription ne peut être remplacée par des équipollents dans le cas où elle est requise, de même, ici, les déclarations qui en tiennent lieu au regard des tiers doivent être *formelles*, et ne peuvent être remplacées par des inductions.

633 *bis*. 2° Nous venons de parler des hypothèques résultant de la convention.

Voyons ce qui est relatif aux hypothèques légales et judiciaires, et aux priviléges qui sont établis sur les biens des maris ou des tuteurs.

C'est ici qu'on aperçoit avec évidence les défectuosités de rédaction de notre article. En effet, le mari ou le tuteur ont-ils omis de faire à un créancier ayant un *privilége* la déclaration *expresse* que leurs biens sont grevés d'hypothèques légales? Mais où est le dommage? Le privilége prime l'hypothèque.

Le mari et le tuteur ont-ils omis de faire cette même déclaration, lorsqu'ils sont, par exemple, investis, de la part du gouvernement, d'une gestion de deniers entraînant hypothèque légale? — Mais cette hypothèque légale a lieu sans conventions. Dans quel lieu, dans quel moment, dans quelle forme feront-ils leur déclaration? La loi n'en dit pas un mot.

Ce que je viens de dire de l'hypothèque légale s'applique au cas d'hypothèque judiciaire [4].

De tout ceci il faut conclure que notre article ne trouve son application que dans le cas d'hypothèque conventionnelle (article 2194); qu'aucune obligation n'est

---

[1] Cass., 27 nov. 1826. — Les maris et les tuteurs ne peuvent, à la différence des autres débiteurs (art. 2059), invoquer leur bonne foi. (Bordeaux, 15 mars 1833; Paris, 27 nov. 1835.)

[2] Arrêt du 29 février 1827.

[3] Cass., 21 août 1816; rejet, 25 juin 1817; cass., 20 nov. 1826. Il ne suffirait pas, dit Delvincourt, 4e édit., t. 3, p. 586, que le mari eût pris dans l'acte une qualité qui pût faire présumer hypothèque légale comme celle de mari, car il serait très-possible qu'elle eût été restreinte; il en est de même à l'égard du tuteur. (*Voy.* les art. 2140, 2141, 2143 et 2144.)

Il y a stellionat de la part du tuteur qui consent hypothèque sur ses biens, sans déclarer *expressément* qu'ils sont déjà affectés à l'hypothèque légale non inscrite de son pupille... encore que, par des circonstances particulières, le créancier ait pu avoir connaissance de cette hypothèque. (Poitiers, 29 déc. 1830. Duranton, t. 20, n° 45.)

Cependant un arrêt d'Orléans, rendu en déc. 1821, a écarté le stellionat dans un acte où la déclaration expresse de l'hypothèque légale n'était pas faite, parce que la connaissance de cette hypothèque résultait de diverses circonstances.

[4] Merlin, v° *Inscript.*, p. 208. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 264.

imposée aux maris et tuteurs dans le cas d'hypothèques légales et dans le cas de priviléges.

Enfin, que veut dire le législateur quand il parle de *consentir un privilége?* Est-ce qu'on consent un privilége? N'est-ce pas la loi qui le donne [1]?

ARTICLE 2137.

Les subrogés tuteurs seront tenus, sous leur responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions.

SOMMAIRE.

633 *ter*. La responsabilité du subrogé tuteur est encourue à l'égard des tiers.

COMMENTAIRE.

633 *ter*. Envers qui le subrogé tuteur sera-t-il passible de dommages et intérêts? Ce n'est pas certainement envers le mineur, qui ne souffre jamais du défaut d'inscription; c'est donc envers les tiers que l'absence d'inscription aurait pu induire en erreur [2].

ARTICLE 2138.

A défaut par les maris, tuteurs et subrogés tuteurs, de faire faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents, elles seront requises par le procureur du roi près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens.

ARTICLE 2139.

Pourront, les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis, requérir lesdites inscriptions; elles pourront aussi être requises par la femme ou par les mineurs.

SOMMAIRE.

634. Appel fait à tous ceux qui s'intéressent à la femme.

COMMENTAIRE.

634. On voit, par les trois articles précédents, l'importance que la loi attache à l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. C'est en faisant un

---

[1] Consentir ou laisser prendre un privilége, c'est poser l'acte, le contrat ou le quasi-contrat qui emporte le privilége de plein droit. (*Note de l'éditeur belge*.)

[2] La disposition de l'art. 2137, Code civil, qui soumet à des dommages intérêts le subrogé tuteur qui a négligé de faire prendre inscription sur les biens du tuteur, n'est pas applicable au cas de non inscription de l'hypothèque légale appartenant au mineur, du chef de sa mère, sur les biens de son père tuteur. (Douai, 18 mars 1840.)

appel à tous ceux qui peuvent prendre intérêt à leurs droits, qu'elle croit assurer la publicité de l'hypothèque légale des femmes. Mais tous ces moyens sont inefficaces ; il n'est pas un procureur du roi qui songe à l'exécution de l'art. 2138 [1]; les parents et les maris ne sont pas plus diligents; et les femmes et les mineurs qui n'ont presque aucun intérêt à ce que leurs droits d'hypothèque soient inscrits, ne justifient que trop bien le principe qui les considère comme incapables d'agir.

ARTICLE 2140.

Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme, et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.

SOMMAIRE.

635. But de notre article en permettant de ramener l'hypothèque générale de la femme à une hypothèque spéciale.
635 *bis*. La femme peut-elle, par contrat de mariage, renoncer d'une manière absolue, en faveur de son mari, à son hypothèque légale. Droit romain. Ancienne jurisprudence.
636. *Quid* par le Code civil?
637. Pourquoi elle peut renoncer *partiellement*, en faveur de son mari, à son hypothèque légale.
637 *bis*. Il faut nécessairement que la femme qui convertit son hypothèque générale en hypothèque spéciale, soit majeure.
638. Il ne faut pas présumer facilement une renonciation partielle.

COMMENTAIRE.

635. Notre article a pour but de ramener l'hypothèque des femmes à la spécialité, toutes les fois que leurs intérêts n'y sont pas opposés. L'une des principales bases de notre système hypothécaire est la spécialité. Ce n'est que par de grands motifs de faveur que la loi s'en est écartée à l'égard des femmes mariées et des mineurs; ici, elle cherche à s'en rapprocher; elle fait un appel à la spécialité lorsque le mari présente à sa femme des garanties suffisantes.

J'examinerai ici

1° Si la femme peut renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale en faveur de son mari;

2° Comment il est dans les principes du droit qu'elle puisse, par contrat de mariage, limiter son hypothèque légale, et la réduire à une hypothèque spéciale;

3° Si la femme doit être nécessairement majeure pour consentir à cette limitation.

635 *bis*. La femme peut-elle renoncer, *en faveur de son mari*, à son hypothèque légale?

Je dis en faveur de son mari parce que j'ai traité ci-dessus (n° 596) la question de savoir si elle peut renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un tiers créancier, et l'on a vu par mes distinctions, qu'en ce qui concerne un tiers, la femme peut renoncer à son hypothèque pour le tout, lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté, et en tant qu'il n'en résulte pas de préjudice pour sa dot, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal.

Voyons maintenant ce qui doit avoir lieu lorsque la renonciation se fait en faveur du mari. On sent qu'ici de nouvelles considérations se présentent, et que la loi a dû se tenir en garde contre l'influence du mari sur l'esprit de sa femme.

Je remonte aux lois romaines.

La loi 18 au Dig. *quæ in fraud. creditor. facta sunt* semble permettre à la femme de faire remise au mari du gage qu'il lui a

[1] Voy. *infra*, n° 644, les dangers de cette incurie.

donné pour sûreté d'une créance, et Cujas, dans son commentaire sur cette loi, l'étend même au cas où le gage aurait été donné pour sûreté de la dot. « Idque ex eo appa- » ret quod remissio pignoris consistit inter » virum et uxorem; ut puta, si viro uxor » remittat pignus dotis aut crediti causa » constitutum, remissio valet : donatio non » valeret [1]. »

La loi 11 C. *ad S. C. Vellejan.*, porte également : « Etiam constante matrimonio jus » hypothecarum seu pignorum marito re- » mitti posse explorati juris est [2]. » En interprétant cette loi, la glose en fait l'application à l'hypothèque légale qui nous occupe. De plus, Cujas dit [3] : « Exclu- » duntur etiam a tacita hypotheca mulieres » quæ marito remiserunt hypothecam..... » igitur remissioni pignoris nihil est impe- » dimento factæ a muliere. » Même langagé dans la bouche de Zæzius [4] et de Perezius [5].

Mais que conclura-t-on de là? que la femme pouvait, d'une manière absolue, renoncer à son hypothèque légale en faveur de son mari?

Ce serait une erreur! les lois et les autorités que je viens de citer posent ce principe : *C'est qu'il n'est pas défendu à une femme de renoncer à son hypothèque en faveur de son mari.* Maintenant voici dans quelles limites.

La femme ne peut renoncer à son hypothèque en faveur de son mari, qu'autant qu'il reste à ce dernier assez de biens pour répondre de la dot et des conventions matrimoniales. Sans cela, la loi *etiam* eût été en contradiction avec d'autres lois [6], qui défendaient qu'une femme pût empirer sa condition et devenir *indotata* ou *minus dotata* [7]. Je citerai le passage suivant, extrait du Code du président Favre [8].

Dans le cas dont parle ce jurisconsulte, une femme s'était présentée devant le sénat de Chambéry avec son mari Titius surchargé de dettes, et avait demandé qu'il lui fût permis de renoncer à son hypothèque légale, afin que Titius pût trouver plus facilement des acquéreurs de ses biens. Il était constant que cette proposition eût mis la dot en danger si on l'eût adoptée. « Non putavit » senatus id mulieri concedendum, quæ » *maritalibus delinimentis* aut minis coacta, » non satis sibi caverat, sed ex juris ratione » omnia æstimanda, quæ non aliter renun- » tiationes ejusmodi ratas habet, quam si » alia supersint bona marito, ex quibus » uxori quandocumque dotem repetenti sa- » tisfieri possit. »

On voit que ces doctrines décident la question tant relativement à la renonciation par contrat de mariage qu'à la renonciation faite *constante matrimonio*. Je n'ai pas voulu diviser les autorités, quoique je n'aie à m'occuper maintenant que de la renonciation faite par contrat de mariage; mais les principes que j'ai posés nous seront d'une grande utilité quand je commenterai l'article 2144.

Dans l'ancien droit français, il était non moins constant que la femme, même commune en biens, ne pouvait, par contrat de mariage ni autrement, renoncer d'une manière illimitée à son hypothèque légale [9].

636. C'est de ces idées qu'est parti notre article pour prohiber toute convention par laquelle il ne serait pris aucune inscription.

Du reste, ce ne fut pas sans effort qu'on obtint au conseil d'État l'adoption du principe, que la femme ne peut renoncer à son hypothèque, d'une manière absolue, par son contrat de mariage. Un parti considérable, dont Treilhard était le chef, voulait que les immeubles du mari pussent être affranchis en totalité; mais cette opinion échoua devant les raisons données par le premier consul, par Cambacérès, par Tronchet; le premier consul observait avec raison que les renonciations deviendraient de style, et que les femmes seraient privées de leurs garanties.

Ainsi, par contrat de mariage, une femme ne peut, en aucune manière, renoncer *pour le tout* à son hypothèque légale [10].

---

[1] *Quæst. Papin.*, lib. 26, sur la loi 18 précitée.
[2] *Pand.* de Pothier, t. 1, p. 441, nº 19.
[3] Récit. solenn. sur la loi unique. C. *de rei uxor. act.*, § *ut plenius*.
[4] *Ad. S. C. Vellej.*, nº 13.
[5] Même titre, nº 9.
[6] L. 17, Dig. *de pact. dotal.* Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 30, note.
[7] Bartole, sur la loi 11 *jubemus*, *ad S. C. Vellej.* Fontanella *de pactis dotalib.*, clause 4, glose 9, part. 3, nº 186. Trentacinquius *variar. resol.*, vol. 1, lib. 3. *De jure dot. res.* 5.
[8] *Ad S. C. Vellej.*, lib. 4, tit. 20, déf. 2.
[9] C'est ce que disait Tronchet au conseil d'État. Fenet, t. 15, p. 367 et suiv.
[10] *Répert.*, vº *Inscript.*, et *Transcript.*, p. 118.

637. Mais elle peut consentir à ce que son hypothèque générale soit convertie en une hypothèque spéciale, et la restreindre aux immeubles nécessaires pour garantir sa dot, sans empêcher son mari de faire, avec des tiers que l'hypothèque légale épouvanterait, des traités avantageux.

La limitation de l'hypothèque légale est bien loin d'avoir les mêmes inconvénients qu'une renonciation absolue. Celle-ci met la dot en danger, celle-là ne lui fait perdre aucun de ses droits; elle a de plus l'avantage de ne point gêner le mari dans ses facultés.

Aussi tous les auteurs qui ont écrit d'après le droit romain se sont-ils accordés à dire que la femme pouvait, par son contrat de mariage, renoncer à l'hypothèque légale et générale, pour prendre une hypothèque spéciale. « Ubi conventionalis est hypotheca, supervacua est legitima, » dit Cujas sur la loi C. *de rei uxor. act.* [1].

Mais cela avait-il lieu dans l'ancienne jurisprudence française, où tous les contrats authentiques portaient de plein droit hypothèque générale et tacite?

On ne voit pas beaucoup d'exemples de conventions par lesquelles des femmes auraient renoncé à leur hypothèque générale pour en prendre de spéciales. Mais on arrivait au même résultat en stipulant dans les contrats de mariage que le mari pourrait aliéner librement une partie de ses immeubles [2].

Notre article, comme on le voit, autorise expressément cette limitation de l'hypothèque générale de la femme (*supra*, n° 635).

C'est là une disposition utile, et dont il serait à désirer que les futurs fissent plus souvent usage, quand la fortune du mari est assez considérable.

637. *bis.* Mais pour que les parties puissent, par contrat de mariage, convertir l'hypothèque générale en hypothèque spéciale, il faut qu'elles soient *majeures;* c'est une condition requise par notre article [3].

Convenons cependant qu'on ne comprend pas facilement les motifs qui ont pu porter le législateur à l'exiger. Pourquoi, en effet, n'appliquerait-on pas à la femme mineure qui en se mariant veut spécialiser son hypothèque, les dispositions des art. 1039 et 1398 du Code civil? Qu'y a-t-il dans cette clause de plus exorbitant que dans tant d'autres que des mineurs insèrent dans leurs contrats de mariage, lorsqu'ils sont assistés des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage [4]? Aussi la cour de Paris a-t-elle jugé, par arrêt du 10 août 1816, que notre article s'applique aux parties *mineures* comme aux parties majeures. Mais c'était corriger la loi au lieu de l'exécuter. Dans la première rédaction de l'art. 2140 on permettait aux *mineurs comme aux majeurs* de réduire l'hypothèque légale, *ou même d'en affranchir tout à fait les immeubles du mari.* La pluralité des membres du conseil se souleva contre cette dernière idée, et la trouva aussi pernicieuse pour la femme majeure que pour la femme mineure [5]. Le consul Cambacérès proposa alors d'autoriser seulement la conversion de l'hypothèque générale en hypothèque spéciale, et dans sa rédaction il introduisit le mot *majeures* qui ne se trouvait pas dans la rédaction primitive, évidemment dans le but de limiter aux seules parties

---

[1] *Junge* Favre, *Code*, lib. 5, tit. 8, déf. 3 et 23. Locré, t. 8, p. 208.

[2] *Voy.* cependant Chabot. *Quest. transit.*, *Hyp.*, § 1.

[3] Arrêt de la cour de cass. du 19 juillet 1820. Grenier, n° 229. Tarrible, *Répert.*, v° *Inscript.*

[4] La femme mineure régulièrement assistée, à la rédaction de son contrat, des personnes dont l'acte est nécessaire pour la validité de l'acte civil, peut, a-t-on dit, restreindre son hypothèque légale : 1° parce qu'elle pourrait mobiliser ou mettre dans la communauté toute sa fortune immobilière, et par conséquent la mettre à la disposition de son mari, qu'elle pourrait même lui en faire don, et qui peut le plus peut le moins; 2° parce que, lorsqu'elle est dûment assistée, elle est réputée majeure, et peut faire tout ce qui est dans la capacité d'une femme majeure (Arg. des art. 1095, 1309 et 1398); 3° parce que l'art. 2144, qui présente un cas de réduction, ne fait aucune distinction du cas de la majorité et de celui de la minorité, et que dès lors il y a lieu de penser que l'expression *parties majeures* de l'art. 2140 n'est pas restrictive, mais seulement énonciative; 4° qu'on ne pourrait appliquer à l'art. 2140 la règle *inclusio unius, exclusio alterius*, qu'autant que le législateur aurait dit les *parties majeures pourront*, ce qui induirait à penser que la femme mineure *ne pourrait pas*, car le mari mineur peut toujours faire la condition meilleure; 5° parce qu'il importe qu'il y ait dans le commerce une plus grande quantité d'immeubles libres, et que la restriction favorable aux spéculations du mari ne porte aucun préjudice à la femme, si du reste sa dot, ses reprises, ses conventions, sont suffisamment assurées malgré la réduction. Cependant Delaporte, 2e édition, sur l'art. 2140, est d'avis contraire, et son système a été consacré par arrêt de Caen, 15 juillet 1836. Il est aujourd'hui constant que l'hypothèque légale ne peut être restreinte par un mineur quoiqu'il soit assisté de son tuteur, et que la restriction soit faite en contrat de mariage.

[5] Maleville, Cambacérès. Locré, t. 8, p. 208.

majeures la faculté de réduire l'hypothèque générale. C'est ce qui fut adopté. Il faut donc s'en tenir à la loi, parce qu'elle est formelle [1]. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a un vice dans cette sévérité à l'égard des mineurs. Observons néanmoins qu'on peut en partie y remédier par l'article 2144.

638. La stipulation d'affranchissement partiel doit être formelle; car nul n'est censé renoncer à ses droits. Il ne faudrait pas présumer facilement que la femme eût voulu se dépouiller d'une partie importante de ses droits [2].

Ainsi, par cela seul qu'une femme aurait stipulé une hypothèque spéciale sur un immeuble, il ne faudrait pas inférer de là qu'elle a voulu renoncer à son hypothèque générale; car l'hypothèque spéciale n'est pas censée déroger à l'hypothèque générale [3].

Je parlerai sous l'art. 2144 de la limitation apportée à la femme dans ses droits hypothécaires pendant le mariage.

---

[1] *Sic*, Tarrible, *Répert.*, v° *Inscript.*, § 3, n° 18; Grenier, n° 269; Duranton, t. 20, n° 56; Persil, *Rég. hyp.*, art. 2140, et *Quest.*, t. 2, p. 34; Solon, *Théorie des null.*, t. 1, n° 93; Magnin, *Minorités*, t. 2, n° 1322.

[2] Favre, *Code*, *loc. cit.*, déf. 2 et 23. Paris, 29 mai 1819. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 522.

[3] Favre, *loc. cit.*, et surtout déf. 23.

ARTICLE 2141.

Il en sera de même pour les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'inscription que sur certains immeubles.

Voy. le commentaire sur l'article ci-dessus.

ARTICLE 2142.

Dans le cas des deux articles précédents, le mari, le tuteur et le subrogé tuteur ne seront tenus de requérir inscription que sur les immeubles indiqués.

Voy. les dispositions des art. 2136 et 2137, d'où découle l'obligation imposée au mari, au tuteur et au subrogé tuteur de prendre inscription. Leur responsabilité est la même dans le cas où l'hypothèque a été spécialisée.

Nous venons de parler de la réduction de l'hypothèque générale opérée soit par l'acte de nomination du tuteur, soit par le contrat de mariage. Les dispositions qui vont suivre nous montreront ce qui concerne la restriction des hypothèques des mineurs et des femmes pendant la tutelle et pendant le mariage.

ARTICLE 2143.

Lorsque l'hypothèque légale n'aura pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur.

La demande sera formée contre le subrogé tuteur, et elle devra être précédée d'un conseil de famille.

SOMMAIRE.

638. De la restriction de l'hypothèque générale sur les biens du tuteur. De l'action du tuteur pour obtenir cet affranchissement partiel.

COMMENTAIRE.

638. Cet article porte une exception remarquable au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Quoique l'hypothèque légale du mineur frappe sur tous les biens du tuteur, cependant celui-ci peut, lorsqu'il y a surabondance de garantie pour le mineur, demander en justice que l'hypothèque générale soit restreinte [1].

La demande à cet effet doit être dirigée contre le subrogé tuteur, qui est chargé de représenter le mineur et de défendre ses intérêts lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Comme le mineur n'est pas capable de donner un consentement, il faut que celui qui veille pour lui soit appelé pour contredire à la prétention du tuteur, afin que celui-ci ne reste pas maître d'enlever au pupille ses plus précieuses garanties. On voit du reste de combien de précautions la loi a environné le mineur, afin que les artifices du tuteur ne le dépouillent pas de son hypothèque. D'abord le conseil de famille, composé suivant les règles ordinaires, doit se réunir et donner son avis sur l'opportunité de la demande formée par le tuteur. Suivant Merlin cet avis doit être favorable [2]. Je ne crois pas cependant que cette condition puisse être exigée d'une manière absolue [3]. Notre article ne l'exige pas, et il serait imprudent de se montrer plus sévère que le législateur. Le conseil peut être animé par la passion; il peut avoir un système d'hostilité contre le tuteur. Il ne faut pas que de petites jalousies de famille paralysent le crédit du tuteur qui offre des garanties réelles de bonne gestion et de solvabilité.

Lorsque cet avis est donné, le tuteur doit diriger sa demande contre le subrogé tuteur. C'est une véritable demande en justice que la loi exige, demande contentieuse qui s'introduit par assignation et non par simple requête, et sur laquelle il est du devoir du subrogé tuteur de s'expliquer avec franchise et sans ménagement [4].

La cause étant ainsi mise en état, le tribunal prononce après avoir entendu le ministère public, nouveau contradicteur que la loi donne au tuteur. Nous verrons d'une manière plus particulière sous l'art. 2145 quels sont les devoirs du procureur du roi, et quel est le caractère du jugement rendu par le tribunal (*infra*, n° 644).

[1] Après avoir affecté à une hypothèque spéciale un immeuble garanti quitte et libre, bien qu'il fût déjà grevé, par exemple à cause de tutelle, d'une hypothèque générale, le débiteur n'est plus recevable à demander la réduction de cette dernière hypothèque, de manière à diminuer encore la garantie du créancier à hypothèque spéciale.

En cas de collision entre des hypothèques spéciales, assises chacune sur des immeubles différents, et une hypothèque générale antérieure, cette dernière hypothèque, si le porteur de celle-ci n'y a pas d'intérêt, ne peut, par voie de réduction ou de collocation exclusive, être restreinte à une partie des mêmes immeubles, de manière à absorber le gage de l'un ou l'autre des créanciers à hypothèque spéciale.

Le droit du créancier à hypothèque générale de se faire payer, d'après la règle d'indivisibilité de l'hypothèque, sur tel immeuble que bon lui semble, ne va pas, lorsque ses intérêts ne souffrent aucun préjudice, jusqu'à produire cet effet.

Les droits respectifs de ce créancier et de ceux à hypothèque spéciale doivent être combinés de manière à laisser subsister, à l'égard de chacun de ceux-ci, la garantie offerte par le bien qui leur a été engagé. (Brux., 15 février 1843, p. 300.)

[2] *Répert.*, v° *Inscript.*, p. 211, col. 2.

[3] Voy. *infra*, n° 642 *bis*.

[4] Arrêt de la cour de cass. du 3 juin 1834. Voy. *infra*, n° 644.

ARTICLE 2144.

Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous les immeubles pour raison de la dot,

des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

SOMMAIRE.

639. La renonciation absolue à l'hypothèque légale, *constante matrimonio*, est défendue à la femme; mais la femme peut la limiter. Il faut pour cela un avis des quatre parents. De plus un jugement.

640. La faculté de limiter son hypothèque légale appartient à la femme mariée *sous le régime dotal*.

641. Si la femme peut être contrainte à renoncer malgré elle à une portion de son hypothèque légale? Arrêt de la cour de Nancy pour l'affirmative. Mais la négative est préférable.

642. Autre décision de la cour de Nancy contenue dans le même arrêt sur une question transitoire. Objection contre cette solution.

642 *bis*. Il n'est pas nécessaire que l'avis des quatre parents soit favorable. Renvoi pour les règles relatives à la composition du conseil de famille.

643. Quand le mariage est dissous, la femme recouvre sa liberté de renoncer, soit absolument, soit limitativement, à son hypothèque légale. Danger de pareilles renonciations.

643 *bis*. Règles pour distinguer si la renonciation de la femme est en faveur d'un tiers ou en faveur de son mari. La renonciation en faveur d'un tiers *transporte* l'hypothèque. Celle au profit du mari l'*éteint*. Réfutation de deux arrêts de la cour de cassation, dont l'un confirme un arrêt de la cour de Dijon.

COMMENTAIRE.

639. S'il est défendu à la femme de renoncer *absolument* à son hypothèque légale par le contrat de mariage, combien à plus forte raison cette prohibition doit-elle s'étendre au cas où c'est pendant le mariage que le mari veut l'obtenir. Alors la femme est tout entière sous l'autorité et l'influence du mari, et si l'on interroge la loi, on voit à chaque pas qu'elle s'est montrée fort défiante sur les contrats passés par la femme au profit de son mari, *manente matrimonio*.

C'est ainsi, par exemple, que l'art. 1096 défend aux époux les donations irrévocables; c'est ainsi que l'art. 1595 ne leur permet de se vendre l'un à l'autre que dans certains cas. C'est ainsi encore que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement pendant le mariage (1395). D'ailleurs, c'est un principe certain que la condition de la dot ne peut être empirée par des stipulations entre mari et femme, à quelque époque que ce soit.

Disons donc que pendant le mariage la femme ne peut renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale en faveur de son mari.

Mais elle peut la limiter et la convertir en hypothèque spéciale [1].

Cependant la loi, qui craint l'empire du mari et *ses caresses trompeuses,* comme dit le président Favre, exige qu'outre le consentement de la femme, et l'avis d'un conseil de famille composé de quatre des plus proches parents, le mari se fasse autoriser par le tribunal, dont le jugement ne peut être rendu qu'après avoir entendu le procureur du roi [2]. (Voyez l'article qui suit.)

640. On a demandé si notre article est applicable à la femme mariée sous le régime dotal. Mais les doutes à cet égard n'ont pu venir que de personnes qui n'ont pas fait assez d'attention aux lois romaines et à la jurisprudence des pays régis par le droit écrit.

J'ai retracé (nos 635 et suiv.) le véritable état des choses. On peut y recourir.

Au surplus, il est bien entendu que la limitation de l'hypothèque légale de la dot ne peut avoir lieu qu'autant qu'il reste au mari des immeubles suffisants, et qu'il n'y a pas de danger pour la femme.

641. Examinons maintenant une difficulté assez grave.

---

[1] *Jugé* qu'une hypothèque donnée par un débiteur *sur* TOUS *ses biens*, *consistant en*... (*tels immeubles qu'il désigne*), doit être réputée spéciale : l'énonciation relative à la consistance des biens est restrictive de l'hypothèque aux biens énumérés. Si donc il s'agit d'une hypothèque consentie par un mari au profit de son épouse dans leur contrat de mariage, la réduction ou restriction n'en peut être demandée. (Code civil, art. 2114 et 2144. Riom, 3 mars 1830.)

[2] Sur la différence qui existe entre l'art. 2144 et l'article 2161, voy. *infra*, no 747.

Le mari qui offre des garanties suffisantes peut-il, pendant le mariage, *contraindre sa femme*, qui *refuse*, à consentir à une réduction de son hypothèque légale?

Tarrible et Grenier, sans examiner précisément la question en thèse, supposent que le consentement de la femme est indispensable.

Le premier veut que la femme soit majeure pour donner son avis. Il exige de plus qu'il y ait de sa part assentiment donné d'avance, et un avis favorable de quatre parents. Sans cela, dit-il, la demande ne peut être écoutée [1].

Le second dit [2] que la réduction ne peut s'opérer que du consentement de la femme.

Au contraire la cour de Paris, par arrêt du 16 juillet 1813, et la cour de Nancy, par arrêt du 26 août 1825, ont décidé que le mari peut obtenir en justice la réduction de l'hypothèque légale de sa femme, encore bien que celle-ci y refuse son assentiment [3].

Ce dernier arrêt, beaucoup mieux motivé que celui de la cour de Paris, qui ne fait que trancher la question par la question, est fondé sur ce qu'il n'a pu être dans l'intention de la loi de paralyser inutilement les droits du débiteur; que l'art. 2161 du Code civil admet sans aucune distinction ni limitation l'action en réduction des hypothèques générales; que cette action n'est soumise à aucune condition, et que par conséquent le mari débiteur d'une hypothèque légale peut l'exercer contre sa femme; que l'art. 2144 ne dit pas que le mari est déchu de son action en réduction si la femme refuse son adhésion; que l'action en réduction dirigée par le tuteur contre le subrogé tuteur récalcitrant, devrait avoir un succès infaillible si le tribunal la trouvait fondée. Qu'il faut donc dire la même chose lorsque la demande est dirigée par le mari contre sa femme; car son opposition ne peut avoir plus de force que celle du subrogé tuteur. Son caprice ne doit pas enchaîner les droits de son mari.

Quoique cet arrêt contienne une doctrine fort bien déduite, il m'est cependant impossible d'en adopter les principes. J'y vois une violation formelle de l'art. 2144 du Code civil et une fausse interprétation de l'art. 2161.

La femme a une hypothèque légale sur tous les biens de son mari pour sa dot et ses conventions matrimoniales. Voilà son droit tel que la loi le lui a assuré par le contrat de mariage. Nul ne peut être forcé de renoncer à ses droits, à moins de circonstances positivement déterminées par la loi. Or la loi n'a rien dit qui puisse forcer la femme à abandonner partiellement son hypothèque légale lorsqu'elle n'y consent pas; au contraire, lorsque le premier consul proposa le système qui fut depuis admis par le Code civil, savoir, l'hypothèque générale de droit au profit de la femme, sauf la possibilité de réduction en cas d'opportunité, il s'exprima de la manière suivante : « Il me semble » qu'on parviendrait à tout concilier, si on » décidait que les hypothèques légales frap- » peront de plein droit les immeubles du » mari ou du tuteur; *que cependant il est* » *permis au mari de les restreindre à une por-* » *tion suffisante de ses biens* SI LA FEMME Y » CONSENT [4]. »

L'art. 2161 porte, à la vérité, que dans le cas d'une hypothèque générale, lorsque les inscriptions portent sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté de la créance, *l'action en réduction est ouverte au débiteur*. Et il faut avouer que cet article concerne l'hypothèque légale des femmes, comme toutes les autres hypothèques générales, en ce sens qu'il donne au mari l'action en réduction.

Mais dire que cette action en réduction n'est soumise à aucune condition, c'est mé-

---

[1] *Répert.*, v° *Inscript.*, p. 211.

[2] Grenier, n° 248.

[3] Un mari peut demander aux tribunaux la réduction de l'hypothèque légale de sa femme lorsque celle-ci refuse d'y consentir et que les parents s'y opposent, soit que la femme soit commune ou non, ou mariée sous le régime dotal. (Paris, 25 avril 1823; rejet, 20 avril 1826; Duranton, t. 20, n° 208). L'antériorité de l'hypothèque légale au Code civil ne serait pas un obstacle à l'application du principe.

Jugé au contraire que le mari ne peut obtenir la réduction de l'hypothèque légale de sa femme, qu'autant que sa femme y consent et qu'il a pris l'avis de quatre parents de cette dernière réunis en conseil de famille. Les dispositions de l'art. 2161, Code civil, sur la réduction des hypothèques, ne sont point applicables à l'hypothèque légale de la femme mariée. (Rouen, 3 fév. 1834. *Sic*, Tarrible, *Répert.*, v° *Inscription*, p. 211; Grenier, p. 600; Persil, *Rég. hyp.*, art. 2144, n° 2; Zachariæ, t. 2, § 281, note 16.)

Même décision lorsque la demande est formée par un tiers acquéreur. (Persil, *Rég. hyp.*, art. 2144. n° 8.)

[4] *Conf.*, t. 7, p. 117.

connaître la disposition expresse de l'article 2144, qui veut que le mari soit muni *du consentement de sa femme*, et d'un avis de quatre parents.

Oui, sans doute, le mari a une action en réduction d'après l'art. 2161, de même que tous les débiteurs d'hypothèque légale. Mais cette action n'est pas recevable tant que, d'après l'art. 2144, le mari n'arrive pas avec un acte d'adhésion de sa femme et un avis de parents. Voilà comme l'art. 2161 du Code civil se concilie avec l'art. 2144 [1].

Les droits des femmes ont toujours été, en France, l'objet de faveurs et de priviléges de la part des législateurs. On a toujours mieux aimé étendre leurs prérogatives que les laisser dans la limite du droit commun. Qu'on ne s'étonne donc pas si la loi a voulu nécessairement le consentement de la femme pour limiter son droit hypothécaire sur la totalité de la fortune immobilière de son mari. Elle eût craint de tomber dans l'injustice, en permettant qu'on disposât des droits de la femme malgré elle; car la femme est dans un état de dépendance pendant le mariage. C'est bien le moins qu'elle conserve sa liberté lorsqu'il s'agit de délibérer sur le sacrifice de ses droits.

On objecte que lorsque le mari est plus que solvable, son épouse est sans intérêt à refuser la limitation d'hypothèque qu'il réclame, afin de pouvoir contracter avec les tiers d'une manière avantageuse. Mais si quelquefois la femme est sans intérêt actuel pour refuser son adhésion, elle peut avoir un intérêt éventuel. Son mari peut par la suite aliéner ses propres, et lui faire contracter des dettes. On sait qu'elle doit avoir hypothèque pour le remploi et l'indemnité, droits qui ne sont encore pour elle qu'éventuels. De plus, connaissant les plus secrètes pensées de son mari, elle a pu pénétrer dans les replis de son cœur, y découvrir de funestes penchants souvent ignorés des autres, et dont l'explosion n'a été contenue peut-être que par ses conseils et son ascendant. Elle doit dès lors craindre pour l'avenir, et peut-être ceux qui l'accusent de caprice, devraient rendre hommage à sa prudence et à sa sagesse.

Quel spectacle ensuite que celui d'un mari qui actionne sa femme devant les tribunaux pour la forcer à renoncer à ses droits! Si la loi eût voulu favoriser ces débats entre mari et femme, croit-on qu'elle se fût montrée bien morale? N'est-il pas à supposer au contraire qu'elle a voulu les éviter en exigeant avant tout la représentation du consentement de l'épouse?

On compare la femme au subrogé tuteur, et l'on croit triompher en disant : « La résistance du subrogé tuteur ne peut paralyser l'action en réduction du tuteur, si elle est bien fondée; donc, par identité, le refus de la femme ne doit pas faire obstacle au succès de la demande du mari. »

Mais je ne crois pas qu'il y ait parité.

Le subrogé tuteur est le mandataire du mineur. Il représente un individu privilégié qui ne doit jamais perdre. Le législateur a supposé dès lors que le subrogé tuteur ne voudrait pas facilement engager sa responsabilité, qu'il s'en remettrait le plus souvent aux tribunaux, et que même il pourrait arriver que, pour la forme, il refuserait son adhésion par excès de précaution. C'est donc sagement que l'art. 2143 a ordonné que le subrogé tuteur serait actionné, et qu'au juge seul appartiendrait de statuer sur le débat, sans s'informer de l'opinion du subrogé tuteur, duquel on n'exige ni acquiescement ni résistance.

Mais la femme est dans une tout autre position; elle ne représente qu'elle-même; c'est de ses droits qu'il s'agit de disposer. Comment donc sa situation ressemblerait-elle à celle du subrogé tuteur?

Aussi la loi, qui dans l'art. 2143 a gardé le silence sur l'opinion du subrogé tuteur, s'empresse de dire, dans l'art. 2144, en parlant de la femme : « Pourra pareillement le mari, *du consentement de sa femme.* » Le veto de la femme est donc un obstacle infranchissable.

---

[1] Nous pensons qu'il faut s'en tenir à l'arrêt de Nancy sur ce point, qui ne viole en rien l'art. 2144, inapplicable au cas présent, et que c'est le seul art. 2161 qu'il faut suivre lorsque la femme refuse son consentement. Nous concilions ces deux articles d'une autre manière que Troplong. L'art. 2144 est fait pour le cas où la femme consent, et nous pensons qu'alors le juge doit accorder la réduction demandée, si d'ailleurs l'avis de parents est approbatif, qu'il soit régulier et qu'il n'y ait pas d'opposition. Tandis que dans le cas de l'art. 2161, le juge reste libre appréciateur de l'opportunité de la demande et l'accorde ou la refuse. Peu importe l'art. 2145, qui ordonne que le jugement soit rendu contradictoirement avec le procureur du roi; car le tribunal reste juge de la régularité de la tenue de l'assemblée de famille et de la liberté de consentement de la femme, et c'est sur ces points que le ministère public a à provoquer son attention.

(*Note de l'éditeur belge.*)

Au surplus, puisqu'on argumente par voie de comparaison, qu'on parcoure les formalités nécessaires pour la réduction des diverses espèces d'hypothèques légales; on verra que la loi ne s'est astreinte à aucun système uniforme.

S'agit-il de limiter l'hypothèque légale d'un comptable? c'est le trésor lui-même, c'est-à-dire la partie intéressée, qui en décide.

S'agit-il de spécialiser l'hypothèque d'un établissement de charité? c'est le conseil de préfecture qui en décide, c'est-à-dire l'autorité qui remplit, pour ces sortes d'établissements, les fonctions dont est investi le conseil de famille pour les intérêts du mineur [1].

Ici un mode est tracé pour la limitation de l'hypothèque du mineur.

Là il s'en présente un autre pour la restriction de l'hypothèque de la femme.

Ainsi, il est périlleux de décider en cette matière par analogie.

On dit qu'il est de principe général, écrit dans l'art. 2161, que le débiteur peut obtenir la restriction de l'hypothèque générale malgré le créancier.

Je réponds que ce principe n'est lui-même qu'une dérogation à cet autre principe bien plus général, que nul ne peut être contraint de renoncer malgré lui à ses droits; que les exceptions doivent être limitées dans les cas prévus, et que le législateur a manifesté la volonté de ne pas soumettre la femme à cette exception, et de la laisser dans le droit commun, en faisant du consentement de la femme une condition de la demande en réduction formée par le mari.

Ainsi les tribunaux peuvent bien refuser à un mari muni de l'autorisation de sa femme la réduction d'hypothèque qu'il sollicite, parce qu'il peut arriver que le consentement de la femme ait été arraché par des caresses maritales, *maritalibus delinimentis* [2].

Mais je crois qu'ils ne peuvent la forcer à donner un consentement qu'elle refuse, et former, malgré elle, une convention nouvelle, qui dérogerait aux droits assurés à elle par son contrat de mariage.

On insiste en disant que, dans certaines circonstances, cet état de choses peut avoir quelques inconvénients; par exemple, si la femme est en état de démence, et par conséquent dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Mais je réponds que les dispositions générales de la loi, en matière d'interdiction, pourvoient suffisamment à cette difficulté.

Le mari peut provoquer l'interdiction de sa femme, lui faire nommer un tuteur *ad hoc*, et faire solliciter par ce dernier l'autorisation du conseil de famille, conformément à l'art. 464 du Code civil. Au moyen de ces formalités protectrices, on suppléera au défaut de la volonté de la femme.

Voilà des raisons qui me paraissent de nature à faire rejeter le sentiment des cours de Paris et de Nancy. On peut, du reste, consulter un arrêt de la cour de cassation du 9 décembre 1824, qui semble justifier mon opinion par la manière dont il est motivé.

642. Il est un autre point jugé par ce même arrêt de la cour de Nancy, qui me paraît encore moins satisfaisant pour les jurisconsultes.

La dame Soriot, que son mari voulait forcer à réduire son hypothèque légale, avait été mariée sous l'empire de l'édit de 1771, c'est-à-dire sous une législation qui empêchait que le créancier fût contraint, dans quelque cas que ce soit, à spécialiser et limiter son hypothèque générale. C'était donc un droit acquis à la femme Soriot par la loi du mariage, et elle ne pouvait en être privée par le Code civil, en supposant que la législation permette de forcer la femme à réduire son hypothèque générale.

Cependant la cour de Nancy a pensé le contraire.

« Considérant, dit-elle, qu'il est indifférent que l'acte en vertu duquel existe le » droit d'hypothèque générale, soit antérieur à la promulgation du nouveau régime hypothécaire; que ce n'est pas donner à la loi un effet rétroactif que d'en » faire l'application à un droit qui a pris » naissance antérieurement, parce qu'il s'agit seulement de régler, pour l'avenir, les » moyens d'après lesquels le droit pourra » être maintenu ou exercé; que la dame » Soriot ne peut donc, sous le prétexte de » son contrat de mariage, invoquer, soit » une fin de non-recevoir, soit un moyen

[1] Décret du 11 thermidor an 12 (30 juillet 1804).

[2] Cela n'est pas à craindre quand l'avis des parents est conforme et régulier. (*Note de l'éditeur belge.*)

» du fond contre la demande du sieur So-» riot. »

J'ose croire que ce considérant porte avec lui une empreinte manifeste d'erreur. Pour le prouver, je renvoie à ce qu'ont dit, à cet égard, Chabot [1] et Grenier [2], et à ce que je dirai moi-même (n° 768) en m'expliquant sur l'art. 2161.

642 *bis*. Nous avons montré que le consentement de la femme est indispensable.

Faut-il aussi que le conseil, composé de quatre parents, donne un avis favorable, pour que le tribunal puisse y avoir égard ? Je ne le crois pas.

La loi n'exige pas que l'avis soit favorable. C'est au tribunal qu'il appartient de vider le partage qui pourrait exister entre la femme qui consent, et les quatre parents qui désapprouvent [3]. Cependant Tarrible a émis une opinion contraire [4] : mais il me semble que c'est ajouter à la loi.

Quant à ce qui concerne la composition de ce conseil de famille, nous nous en occuperons plus particulièrement au n° 644.

643. Lorsque le mariage est dissous, la femme peut, à sa volonté, renoncer à son hypothèque légale, soit d'une manière absolue, soit limitativement.

Le cas suivant s'est présenté devant la cour d'Agen. Il prouvera que les femmes qui renoncent à leurs hypothèques légales après le mariage, doivent prendre garde de se préjudicier, parce que la loi cesse de les protéger d'une main aussi favorable que pendant le mariage.

Après le décès du sieur Lubespère, les biens composant sa succession furent échangés par son fils. La veuve Lubespère renonça à son hypothèque légale sur ces biens avec clause expresse que cette même hypothèque affecterait ceux reçus en contre-échange.

Plus tard, les biens de Lubespère fils furent vendus. Sa mère demanda à être colloquée sur le prix pour le montant de sa dot et à la date de son contrat de mariage.

On lui objecta que ces biens reçus en contre-échange n'avaient pu être frappés que d'une hypothèque conventionnelle soumise à inscription, et qu'il était impossible de considérer cette hypothèque comme légale, puisque le mariage était dissous lorsque Lubespère fils les avait acquis.

Le tribunal de Condom repoussa cette prétention. Mais, sur l'appel, la cour d'Agen infirma la décision des premiers juges. Elle considéra en effet que les biens dont le prix était à distribuer étaient avenus au débiteur par suite d'un échange fait depuis la dissolution du mariage ; que les immeubles donnés par Lubespère fils étaient soumis à l'hypothèque légale : mais que la veuve avait consenti à les en affranchir ; que sa volonté de transférer l'hypothèque avec ses priviléges sur les immeubles reçus en contre-échange était inefficace ; qu'elle n'avait pu, après le mariage, créer une hypothèque légale sur des biens qui n'avaient jamais été grevés de l'hypothèque entre les mains de son mari ; sans quoi il faudrait dire que l'on peut par convention faire des hypothèques légales au préjudice des créanciers, et leur donner effet sur des biens n'ayant jamais appartenu au mari [5].

Cet arrêt est dans les vrais principes [6].

643 *bis*. Nous avons vu ce qui concerne la réduction des hypothèques légales des femmes dans l'intérêt de leurs maris.

Comme les formalités que la loi exige pour cette sorte de réduction sont beaucoup plus sévères que lorsqu'il s'agit de renoncer à une hypothèque dans l'intérêt d'un tiers, il importe de bien se fixer sur les principes qui peuvent faire discerner si la renonciation a lieu dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt des tiers.

Lorsque la femme renonce à son hypothèque légale dans l'intérêt d'un tiers, elle traite directement avec lui ; le plus souvent elle se dépouille pour l'investir, elle lui cède son rang de préférence, soit pour le déterminer à acheter, soit pour le déterminer à prêter son argent.

Il n'en est pas de même quand la femme renonce à son hypothèque dans l'intérêt de son mari ; sa renonciation est toujours pure et simple : elle n'a rien de translatif (*supra*, n° 600 *bis*). Elle éteint l'hypothèque et ne la transporte pas. La preuve en est que l'article 2145 veut que, quand il y a réduction au profit du mari, les inscriptions prises sur les immeubles affranchis soient rayées.

[1] *Quest. transit.*, v° *Hyp.*, § 1.
[2] *Hyp.*, t. 1, n°s 189, 233, 270.
[3] Persil, art. 2144. Dalloz, v° *Hyp.*, p. 313.
[4] *Inscript.*, *Répert.*, § 3, n° 23.
[5] 15 janvier 1825.
[6] *Supra*, n° 548.

A l'aide de ces distinctions, il ne sera pas difficile de discerner les cas.

Examinons quelques-uns de ceux qui se sont présentés [1].

Dans une espèce jugée par la cour de Dijon, une dame Deschamps, pour venir au secours de son mari, avait déclaré vouloir que les créanciers de ce dernier fussent payés avant elle sur le prix d'immeubles qu'ils avaient fait saisir. Comme cette déclaration, faite dans la forme ordinaire, n'avait pas été accompagnée des formalités voulues par les art. 2144 et 2145 du Code civil, la cour de Dijon déclara qu'elle était inefficace; elle se fonda sur ce que cette renonciation était dans l'intérêt unique du mari; que la femme Deschamps, séparée de biens, n'avait aucun intérêt à cette renonciation, laquelle n'était l'accessoire d'aucune obligation contractée par elle; que c'était là un fait spontané de la femme pour être utile à son mari; que l'on doit dire que toutes les fois qu'il apparaît, par les circonstances, que l'acte ne contient qu'une cession pure et simple d'hypothèque à un tiers vis-à-vis duquel la femme n'avait pas d'engagements préexistants, et que cet acte n'a eu lieu que pour favoriser le mari, il faut alors exiger que les formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 soient observées.

Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par arrêt de la section des requêtes du 9 janvier 1822 [2].

Ces deux décisions me paraissent mal rendues.

Les cessions d'hypothèques au profit des tiers n'ont été assujetties par la loi à aucune formalité. Il importe peu que la femme qui renonce soit déterminée par le motif de rendre service à son mari. On conçoit même que c'est toujours par intérêt pour son mari et pour venir à son secours, que la femme consent de pareilles renonciations; mais les tiers n'ont pas à s'enquérir de ces motifs. Ils traitent avec une personne capable; ils se confient au droit commun [3], et c'est tromper leur bonne foi et violer la loi de leur contrat que d'appliquer aux cessions dont ils sont porteurs, des formalités que la loi n'a entendu exiger que pour le cas de mainlevée d'hypothèque et de radiations d'inscriptions consenties par la femme à son mari [4].

De quoi s'agissait-il devant la cour de Dijon? D'affranchir les immeubles du mari? Point du tout. L'hypothèque légale continuait à les grever; seulement, au lieu d'être exercée par la femme, elle était exercée par les créanciers du mari. De bonne foi, était-ce le cas d'appliquer l'art. 2144?

La cour royale de Dijon a fait un raisonnement singulier : de ce que le mari avait intérêt à cette renonciation de sa femme, elle en a conclu qu'il fallait ne tenir aucun compte de l'intérêt des tiers. Mais comment n'a-t-elle pas vu que la présence des tiers changeait la face des choses, et rendait même impossible l'application de l'art. 2144? Car, par cela seul qu'il y a un tiers cessionnaire des droits de la femme, il faut en conclure que ces droits continuent à grever les immeubles du mari, sauf qu'ils sont en d'autres mains.

On argumente de ce que la cession de la femme n'était la conséquence d'aucune obligation préexistante, et qu'elle n'en retirait aucun intérêt. Mais est-ce que cette circonstance doit influer sur le droit des tiers? La cession dont ces tiers se prévalaient avait une cause licite; elle produisait par conséquent un lien de droit, et il fallait la respecter.

Dans une seconde espèce jugée par la section civile de la cour de cassation [5], il s'agissait d'une femme commune, qui, sans s'obliger personnellement avec son mari à l'égard de ses créanciers, s'était bornée à renoncer à son hypothèque légale en faveur de ceux-ci. Devant la cour de Metz on avait proposé l'objection suivante : La renoncia-

---

[1] Voy. *infra*, nº 738, un exemple que je crois inutile de rapporter ici. On peut consulter aussi un arrêt de la cour de Nancy du 24 janvier 1825, et un arrêt de la cour de Lyon du 23 avril 1832.

[2] Dalloz, vº *Hyp.*, p. 179.

[3] Art. 217 du Code civil.

[4] Cette doctrine est professée par tous les auteurs qui ont écrit sur la matière. (Favard, Persil, sur l'art. 2144, Code civil; Delvincourt, t. 8, p. 72, 73; *Répert.*, vº *Transcription*, § 5, opinion de Tarrible; dissertation de Rolland de Villargues (Sirey, t. 18, 2e part., p. 341); Duranton, t. 20, nº 71; Zachariæ, t. 2, § 281, nº 19.)

La subrogation consentie par une femme mariée, à l'effet de son hypothèque légale, au profit d'un créancier de son mari, n'est pas soumise aux formalités prescrites par les art. 2144 et 2145, Code civil, pour le cas où le mari demande que l'hypothèque légale de sa femme soit restreinte aux biens suffisants pour la conservation de ses droits. (Nancy, 24 janv. 1825. Lyon, 13 avril 1832 et 21 déc. 1840. Bordeaux, 7 avril 1834. *Contra*, Paris, 11 déc. 1834.)

[5] Arrêt du 28 juillet 1823.

tion de la femme tourne évidemment au profit du mari : sans elle, il n'aurait pas trouvé le crédit dont il avait besoin : c'est un moyen indirect d'affranchir ses biens de l'hypothèque légale de sa femme.

La cour de Metz crut utile de répondre à ce sophisme en établissant que la femme *commune* était censée profiter des obligations souscrites par son mari.

Il n'était pas nécessaire de recourir à ce moyen. Il suffisait de s'emparer des dispositions des art. 2144 et 2145, et de montrer qu'elles ne concernent que le cas de *mainlevée* de l'hypothèque, tandis qu'ici il s'agit de la cession de cette même hypothèque, ce qui est tout autre chose. Dans le cas de ces articles, la renonciation de la femme ne profite qu'au mari : ici elle profite non-seulement au mari, mais encore à des tiers investis des droits de la femme et qui les exercent à sa place.

Le pourvoi contre l'arrêt de Metz, qui avait repoussé les art. 2144 et 2145 du Code civil, fut rejeté par arrêt du 28 juillet 1823.

Dans une troisième espèce, une femme Beaudin avait consenti à restreindre son hypothèque ; un conseil de famille avait donné un avis favorable qui avait été confirmé par le tribunal. Une maison, ainsi purgée de l'hypothèque légale, fut vendue à la veuve Sappet.

La femme Beaudin prétendit plus tard que l'avis des parents était nul, que toute la procédure était irrégulière, que d'ailleurs, étant mariée sous le régime dotal, elle n'avait pu renoncer à son hypothèque, etc.

Arrêt de la cour d'Aix, qui déclare que les formalités voulues par la loi ont été observées ; qu'au surplus, l'hypothèque étant radiée quand la veuve Sappet a acheté, la femme Beaudin n'est pas recevable à la faire revivre ; qu'enfin la radiation a profité à la femme Beaudin, parce que le prix de la vente a servi à payer ses dettes.

Pourvoi en cassation : de tous les moyens proposés, la section des requêtes n'en a examiné qu'un seul. Elle a décidé que, la radiation ayant été faite dans l'intérêt de la femme Beaudin, l'art. 2144 n'était pas applicable [1].

A mon avis, un pareil motif ne supporte pas l'examen. En effet, il ne s'agissait pas ici d'une cession d'hypothèque faite à un tiers. La femme Sappet, acquêteresse, n'avait pas été subrogée aux droits de la femme Beaudin : elle avait trouvé l'immeuble affranchi, et si par hasard des créanciers hypothécaires jusqu'alors inconnus d'elle fussent venus l'attaquer, elle n'aurait pu se prévaloir des droits de préférence de la femme Beaudin, puisqu'elle avait reçu l'immeuble exempt de l'hypothèque de cette dernière.

Ceci posé, il est clair que la femme Beaudin avait fait une renonciation pure et simple ; elle avait réduit son hypothèque ; elle l'avait radiée et fait disparaître des immeubles grevés. C'était précisément le cas des art. 2144 et 2145 du Code civil. Et cependant la cour de cassation décide que l'article 2144 n'est pas applicable !

Elle objecte que la radiation était dans l'intérêt de la femme ; mais bien entendu aussi qu'elle était dans l'intérêt du mari, puisqu'elle rendait son immeuble libre, exempt de charges et entièrement disponible, puisqu'il pouvait en toucher le prix sans être obligé de le déposer entre les mains de ses créanciers ; c'est donc là un avantage direct qui lui faisait sa femme. Or l'art. 2144 ne permet pas qu'une femme puisse, pendant le mariage, faire remise d'hypothèques à son mari, sans l'avis de quatre parents, homologué par le tribunal ; cet article ne distingue pas si la remise a lieu seulement dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt réuni de la femme et du mari ; il est général, et je ne vois pas de raison solide pour en éluder l'application.

Au surplus, je n'entends pas critiquer le résultat consacré par la cour d'Aix. Cette cour s'est décidée par un ensemble de motifs dont quelques-uns, étrangers à la difficulté que j'examine, sont décisifs. Mais il me semble que la cour de cassation, en rejetant le pourvoi, a eu le tort d'approuver précisément ce qu'il y avait de faible dans son arrêt. J'ai dû en faire la remarque : car, si on voulait prendre au pied de la lettre la décision de la cour suprême, il s'ensuivrait qu'une femme pourrait, sous prétexte qu'elle y a intérêt, s'affranchir des gênes heureusement apportées à la restriction de son hypothèque légale pendant le mariage, donner témérairement mainlevée de ses inscriptions au profit de son mari, et rendre illusoires des précautions élevées contre la faiblesse de son sexe, et le trop grand ascendant de son époux.

[1] Arrêt du 20 avril 1826.

ARTICLE 2145.

Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur du roi, et contradictoirement avec lui.

Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées.

SOMMAIRE.

644. Contradicteurs du tuteur et du mari. Devoirs et droits du procureur du roi. Renseignements dont le tribunal doit s'environner. Caractère du jugement qu'il rend sur la demande du tuteur ou sur la demande du mari. La femme qui a donné son consentement ne peut plus attaquer le jugement de réduction. Mais *quid* quand elle n'a pas donné son avis?

644 *bis*. Effet du jugement de réduction, soit à l'égard des biens affranchis, soit à l'égard des biens maintenus sous l'hypothèque.

644 *ter*. L'hypothèque disparaît de dessus l'immeuble. Conflit entre l'acquéreur qui l'achète après le jugement, et le créancier qui aurait en sa faveur une cession antérieure des droits de la femme sur cet immeuble.

COMMENTAIRE.

644. La demande du tuteur a pour contradicteurs le subrogé tuteur et le procureur du roi. Au contraire, la demande du mari n'a pour contradicteur que le procureur du roi, attendu que le consentement de la femme étant absolument nécessaire au mari, d'après ce qui a été dit ci-dessus, le mari et la femme ne peuvent pas se trouver en collision l'un avec l'autre.

Le procureur du roi doit s'armer de toute la rigueur de son ministère pour défendre les intérêts de la femme et du mineur, et empêcher qu'ils ne soient sacrifiés par une procédure irrégulière [1]. On a vu des tribunaux restreindre l'hypothèque générale de l'épouse, sans qu'elle ait manifesté sa volonté, sans qu'elle ait été partie, même indirectement, dans l'instance [2]; accueillir des demandes en réduction formées par des tiers détenteurs, à l'insu du mari et de la femme qu'on tenait à l'écart, bien qu'on disposât de leurs droits, et qu'on usât, pour eux et sans eux, d'un privilége qui leur est entièrement personnel [3]; réduire l'hypothèque à des biens insuffisants pour garantir les droits de la femme, et faire dégénérer en une véritable spoliation des mesures qui n'ont été sagement introduites que pour portéger le crédit particulier. Il y a aussi des tribunaux qui se sont persuadé que tout leur pouvoir se bornait à homologuer purement et simplement la décision du conseil de famille provoquée par le tuteur, et à accorder à ce dernier la restriction qu'il demandait sur simple requête et sans avoir assigné le subrogé tuteur [4]. Ce sont là de graves abus que je signale à l'attention du ministère public, et que sa vigilance pourra toujours prévenir. Le procureur du roi, constitué partie adverse du tuteur, et surtout du mari, doit recueillir tous les renseignements propres à éclairer la religion du tribunal; prendre, si cela est nécessaire, l'initiative de la contradiction, requérir une expertise pour constater la valeur des biens auxquels on propose de restreindre l'hypothèque, etc. Enfin il ne doit pas hésiter à demander le rejet des demandes qui ne seraient pas présentées dans la forme légale, ou qui léseraient les droits si précieux de la femme et du mineur [5].

Un point qui doit d'abord être mis hors de

[1] Le ministère public peut, d'office, opposer le moyen de nullité pris de ce que la demande en réduction formée dans le cas de l'art. 2143 du Code civil, n'a pas été précédée d'un avis de famille. (Brux., 28 juillet 1829.)

[2] *Voy*. l'espèce d'un arrêt de Riom du 3 mars 1830.

[3] Même espèce.

[4] Arrêt de la cour de cassation du 3 juin 1834.

[5] Le mari n'a qu'un contradicteur, tandis que le tuteur a en outre le subrogé tuteur. Mais devant quel tribunal l'action sera-t-elle portée? Il paraît que c'est devant le tribunal du mari ou du tuteur; car autrement il faudrait autant de jugements qu'il y aurait d'immeubles si-

toute controverse, c'est que le jugement exigé par l'art. 2145 n'est pas un jugement d'homologation comme dans le cas des articles 458 et 467 du Code civil ; c'est un jugement rendu par la voie contentieuse entre deux intérêts rivaux. Le tribunal a un droit supérieur d'appréciation et de contrôle, et il n'est lié ni par l'avis du conseil de famille, ni par l'acquiescement du subrogé tuteur, ni par le consentement de la femme. Il faut même dire que sa décision serait radicalement nulle, si elle était rendue en l'absence du subrogé tuteur, qui n'aurait pas été dûment appelé. C'est un point que la cour de cassation vient de mettre hors de toute controverse en cassant par arrêt du 3 juin 1834 un arrêt de Rouen, qui (chose incroyable!) n'avait vu dans l'intervention du tribunal qu'une simple homologation à laquelle il n'était pas nécessaire que le subrogé tuteur fût requis d'assister [1].

Au surplus, j'ai fait connaître, au n° 638, quelles sont les conditions requises pour que le tuteur obtienne la restriction, si toutefois le tribunal a la conviction que les sûretés qu'il offre sont notoirement suffisantes.

Quant à la demande en réduction formée par le mari, le procureur du roi et le tribunal devront s'assurer d'abord du consentement de la femme, qui est la base de toute la procédure. Le Code ne dit pas dans quelle forme ce consentement doit être donné. Il suffit qu'il soit libre et non équivoque.

La composition du conseil de famille doit ensuite fixer l'attention des magistrats. On a vu, par l'art. 2144, qu'il doit être formé des quatre plus proches parents. Cet article ne répète pas la disposition de l'art. 409 du Code civil, qui, dans le cas où il ne se trouve pas sur les lieux un nombre suffisant de parents les plus proches, permet d'appeler des parents d'un degré plus éloigné. Je pense que l'art. 2144 du Code civil doit être exécuté à la rigueur, et que l'influence de l'art. 409 doit lui rester étrangère. Quel a été le but du législateur? Il a voulu faire un appel à l'intérêt des parents que la proximité du sang appelle à recueillir la succession de la femme. C'est cet intérêt qu'il a constitué le premier juge de l'opportunité de la demande en radiation. Plus les quatre parents sont rapprochés, plus ils ont l'espoir légitime d'être un jour les héritiers de la femme, et plus aussi ils mettront de scrupule à discuter le mérite de la demande et à défendre l'épouse contre les exigences de son mari. Mais où seront les garanties que recherche le législateur, si le conseil de famille est composé de parents éloignés, ou peut-être même d'étrangers indifférents à l'avenir de la femme, et qui ne voudront probablement pas prendre sur eux de déplaire au mari en le contrariant? Ajoutez à ces considérations que le conseil de famille n'est ici composé que de quatre personnes, tandis que, dans le cas de l'art. 409, sept parents y sont appelés; qu'enfin, dans l'espèce de ce dernier article, il y a urgence à réunir le conseil, afin que le mineur ne reste pas sans un surveillant qui prenne soin de sa personne et de ses biens, tandis que, lorsqu'il n'est question que d'une simple réduction d'hypothèque, il n'y a presque aucun péril en la demeure : *Non est damnum in mora modici temporis*. Je dois dire néanmoins que la cour de Grenoble a décidé, par un arrêt du 18 janvier 1833, que l'article 2144 du Code civil doit être coordonné avec les art. 407 et 409. Peut-être y a-t-il quelques inconvénients inévitables dans le système que je propose ; mais je crois qu'il y en a de plus nombreux et de plus grands dans le système de la cour de Grenoble, qui d'ailleurs a contre lui la lettre de la loi et la discussion du conseil d'État. Voici en effet ce que j'y lis : « M. Bérenger demande » que la loi se borne à dire qu'on prendra » l'avis de l'assemblée de famille, *sans exi-* » *ger que cette assemblée soit composée des pa-* » *rents les plus proches*, parce qu'ils peuvent » être actuellement éloignés.

» Le consul Cambacérès dit qu'il craint, si

---

tués en différents ressorts. Au reste, les tribunaux sont appelés à statuer sur ces demandes par de véritables jugements rendus par la voie contentieuse contre le subrogé tuteur (art. 2143), et non par simple voie d'homologation, sans appeler le subrogé tuteur, comme le remarque Troplong dans les lignes qui suivent. Sur la question de savoir quel tribunal est compétent, on peut se référer aux art. 2159, 2161, Code civil. Cass., 3 juin 1834.

[1] Dalloz, en rapportant cet arrêt, présente la question comme entièrement neuve, et comme n'ayant pas été prévue par moi dans la première édition de ce commentaire. Il est vrai que je n'avais pas expressément formulé l'espèce sur laquelle la cour de cassation a statué : mais les principes qui ont servi de base à son arrêt ressortent de tout ce que j'avais dit au n° 664, avant de le retoucher.

— Bien, lorsqu'il s'agit de la réduction de l'hypothèque légale du tuteur. Mais quant à celle de la femme, *voy.* notes précédentes. (*Note de l'éditeur belge.*)

» cet amendement est admis, que la disposi-
» tion ne dégénère en pure formalité ; qu'a-
» lors on composera l'assemblée de per-
» sonnes indifférentes, et que rien n'attache
» aux intérêts des parties.

» M. Berlier dit que la loi ne doit point
» vouloir l'impossible, et qu'il faut ici,
» comme au titre des tutelles, entendre par
» *plus proches parents*, les parents les plus
» proches parmi ceux qui se trouvent dans
» un rayon donné ;

» L'article est adopté [1]. »

On voit que Berlier parlait dans le sens de l'amendement de Bérenger, et qu'il contredisait l'opinion de Cambacérès que nous défendons ici. Or, il me paraît évident que l'adoption pure et simple de l'art. 2144 est la condamnation du système de Bérenger et de Berlier ; car où trouver dans son texte quelque chose qui se plie à leurs idées ? comment en faire sortir la limite de ce rayon donné dont parlait Berlier ? Pour quiconque voudra y réfléchir, il n'y a aucune parité entre la rédaction de l'art. 2144 et celle de l'art. 407, et la pensée du premier se révèle tout entière dans les observations de Cambacérès.

Le procureur du roi devra en outre examiner si l'hypothèque dont on demande la réduction est une hypothèque générale, ou bien si elle n'a pas été spécialisée par le contrat de mariage. Dans ce dernier cas la demande en réduction ne serait pas admissible d'après l'art. 2144, dont le texte est précis [2]. La jurisprudence offre cependant des exemples de tribunaux qui, dans de telles circonstances, ont aveuglément accueilli l'action en réduction [3] ! Tant que le ministère public ne sera pas pénétré de l'idée qu'il n'a été investi du rôle de partie que pour empêcher que la demande autorisée par les art. 2143 et 2144 ne dégénère en une vaine formalité d'homologation, les abus dont je parle seront toujours à redouter ; et cependant, qui pourrait méconnaître les inconvénients désastreux qui marchent à leur suite ? J'aurai tout à l'heure l'occasion de faire voir le dommage que la femme peut en éprouver.

Mais auparavant il me reste à examiner une difficulté. Elle consiste à savoir si le procureur du roi peut interjeter appel du jugement rendu par le tribunal contrairement aux intérêts qu'il est chargé de défendre.

La cour de Grenoble s'est prononcée pour la négative par l'arrêt que je viens de citer. Mais il faut observer que la cour n'avait pas à juger en thèse cette question. Je crois que sa solution ne saurait être admise. Ces expressions, *contradictoirement avec le ministère public*, dont se sert notre article, conduisent à un résultat tout opposé à celui qu'elle a fait prévaloir. Elles donnent au procureur du roi la qualité de partie ; elles l'opposent au tuteur ou au mari comme défendeur chargé de contredire à leur demande. A ce titre, le droit d'appel lui appartient ; car il est attribué par le droit commun à toute partie qui veut élever des plaintes contre un jugement de première instance ; sans cela, la défense serait inégale et incomplète. Le protecteur du mineur ou de la femme ne pourrait pas faire réformer une erreur de la justice, tandis que leur adversaire serait investi de cette faculté ! Une telle inconséquence est-elle admissible ?

La cour de Grenoble argumente du silence de la loi. Mais c'est précisément ce silence qui condamne son opinion ; car l'appel est une voie de droit qui est toujours censée réservée, à moins qu'elle ne soit exclue d'une manière formelle. Le Code civil a-t-il, par exemple, stipulé, au profit du ministère public, la faculté d'appeler d'un jugement rendu en matière d'absence ? Nullement. Cependant l'art. 116, dans lequel on retrouve mot pour mot les expressions pleines de sens de notre article, *contradictoirement avec le procureur du roi*, a paru suffisant à la jurisprudence pour faire universellement décider que le ministère public peut se rendre appelant d'un jugement rendu dans ces sortes de causes. Aussi Merlin dit-il que c'est très-surabondamment que l'art. 8 de la loi du 13 janvier 1817 a réservé ce droit au procureur du roi [4]. Pourquoi donc les expressions que j'ai relevées auraient-elles dans l'art. 116 un autre sens que dans l'article 2145 ? N'y a-t-il pas identité de rédaction, identité de faveur, identité de surveillant ?

[1] Fenet, t. 15, p. 378.
[2] Arrêt conforme. Riom, 3 mars 1830.
[3] *Voy.* l'espèce de cet arrêt de Riom.
[4] *Répert.*, vo *Absence*.

Il suit de ma proposition, que je crois constante, que le mari et le tuteur devront signifier au procureur du roi le jugement de réduction, afin de faire courir les délais de l'appel [1]. Les tiers qui contracteront avec eux, devront également vérifier si cette formalité a été remplie, s'ils ne veulent pas s'exposer à des mécomptes, et se voir peut-être recherchés pour des biens qui leur auront été prématurément représentés comme dégrevés de l'hypothèque légale [2].

Lorsque la femme a donné son consentement, et que le jugement est passé en force de chose jugée, il ne lui est pas permis d'attaquer par la voie de la tierce opposition cette décision dans laquelle elle a été représentée par le procureur du roi, et qu'elle a déterminée d'ailleurs par son adhésion. Peu importerait que le conseil de famille eût été mal composé [3], que ses droits eussent été mal défendus et mêmes lésés, etc. L'autorité de la chose jugée couvre toutes ces erreurs, et elle est ici d'autant plus sacrée, qu'elle protége le crédit particulier contre des surprises. Le procureur du roi sentira par là la gravité de la responsabilité qui pèse sur lui.

Mais si la femme n'avait pas été appelée à donner son consentement, on ne pourrait évidemment pas lui opposer une procédure à laquelle elle aurait été laissée étrangère. Je ne doute pas qu'elle ne pût obtenir le rétablissement de son hypothèque [4].

On demande si la femme, devenue libre depuis le jugement de réduction intervenu d'après son consentement, mais avant qu'il ne fût passé en force de chose jugée, pourrait s'en rendre appelante à la place du procureur du roi.

Pour l'affirmative, on dit que le procureur du roi n'est que le représentant de la femme; que celle-ci, étant désormais libre d'agir, n'a plus besoin de ce protecteur légal, dont les pouvoirs sont dès lors expirés; qu'elle peut donc faire par elle-même ce qu'il aurait fait pour elle; que le consentement qu'elle a donné ne peut lui être opposé, parce qu'il lui a été arraché par les obsessions de son mari.

Mais l'opinion contraire est préférable: la femme n'est pas partie agissante dans la procédure organisée par les art. 2144 et 2145. Elle n'y comparaît que pour donner son avis. Lorsque cet avis est exprimé dans un sens favorable à la réduction, ce n'est pas à elle qu'il appartient de le critiquer. Elle a épuisé son droit, elle a élevé contre ses réclamations une fin de non-recevoir. C'est le conseil de famille, dans un intérêt d'agnation, c'est le procureur du roi, dans un intérêt qui embrasse celui de la femme et de la famille, qui seuls ont capacité pour faire ressortir les vices de cet avis. Le procureur du roi remplit une mission d'ordre public, son action est une véritable action publique, dont lui seul est le juge; et un simple particulier ne saurait en hériter ni se substituer à l'organe de la loi, lorsque d'ailleurs il s'est lié par un consentement antérieur [5].

644 *bis*. Lorsque le tribunal [6] prononce la réduction, l'hypothèque superposée sur les biens libérés disparaît, et l'on raye l'inscription qui la rendait publique.

Mais quant à l'hypothèque qui reste sur les biens non affranchis, elle conserve toujours ses prérogatives, c'est-à-dire qu'elle est dispensée d'inscription au regard de la femme et du mineur, et qu'elle remonte au jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle.

644 *ter*. On peut soulever ici une ques-

---

[1] La disposition de l'art. 2145, Code civil, ne donne pas au ministère public droit d'action dans la cause. Dès lors, le conservateur des hypothèques à qui la réduction d'une hypothèque légale est demandée ne peut refuser de l'exécuter, sur le motif que le jugement qui a ordonné cette réduction n'aurait pas acquis l'autorité de la chose jugée à l'égard du ministère public. Il en est ainsi, alors surtout que ce jugement a été rendu sur les conclusions conformes du ministère public.

Nous venons de voir que cette doctrine, qui résulte aussi de l'arrêt cité de la cour de Grenoble du 18 janvier 1833, est vivement critiquée par Troplong qui pense que le ministère public a droit d'action et qu'il peut interjeter appel du jugement. (Rouen, 16 août 1843.)

[2] Le droit accordé au tuteur, en cas d'excès de l'hypothèque tutélaire, d'obtenir la réduction de cette hypothèque sur simple demande formée contre le subrogé tuteur (art. 2143, Code civil), n'empêche pas des tiers intéressés d'intervenir dans l'instance, ou bien, le jugement rendu, d'y former tierce opposition, lorsque la demande de réduction porte préjudice à leurs droits.

Le succès de cette intervention ou de cette tierce opposition ne porte pas atteinte au principe d'indivisibilité de l'hypothèque. (Brux., 15 février 1843.)

[3] Arrêt de Grenoble précité.

[4] Arrêt de Riom précité.

[5] *Voy.* l'arrêt de Grenoble qui le juge ainsi.

[6] Quel est le tribunal compétent? *Voy.* la note sous le n° 644 ci-dessus, p. 465.

tion importante. Lorsqu'un immeuble se trouve affranchi de l'hypothèque légale par suite des mesures dont je viens de parler, et qu'un tiers vient à l'acheter avec la certitude publique qu'il est exempt de l'affectation hypothécaire de la femme, pourra-t-on avoir égard aux renonciations que la femme aurait pu faire antérieurement au profit d'un créancier de son mari?

Par exemple : Le sieur et la dame Thomas s'obligent solidairement envers Pierre; et la dame Thomas transfère à ce dernier tous ses droits d'hypothèque légale sur le domaine des *Abreuvoirs*.

Quelque temps après, la femme Thomas consent à ce que son hypothèque soit restreinte, et que le domaine des *Abreuvoirs* en soit affranchi. La procédure suit sa marche et arrive à son terme, sans qu'on soit instruit de la renonciation précédemment consentie au profit de Pierre.

Quelque temps après, le domaine des *Abreuvoirs* est vendu par le sieur Thomas à Delarue, qui paye comptant entre les mains de son vendeur.

On demande si Pierre pourra inquiéter le sieur Delarue, et exercer contre lui le droit de suite.

On dira en sa faveur :

Pierre est cessionnaire d'une hypothèque légale : il n'était pas nécessaire qu'il prît inscription pour profiter des droits de la femme.

Lorsque la femme Thomas a renoncé à son droit, elle s'en était déjà dépouillée : elle a donc fait une renonciation sans cause. Pierre ne peut en souffrir : c'est pour lui *res inter alios acta*. Tous les faits de la dame Thomas, postérieurs à la cession qu'elle a faite à Pierre, ne peuvent préjudicier à celui-ci, d'après la loi 11, § 10, au Dig. *de except. rei judicatæ*.

Quelque logique que paraisse cette argumentation, il me semble que l'acquéreur devra l'emporter.

Il n'était tenu à remplir les formalités pour purger l'immeuble qu'il achetait, qu'autant qu'il n'aurait pas eu juste sujet de croire que cet immeuble était affranchi de l'hypothèque de la femme. En effet, les art. 2193, 2194, 2195 supposent à chaque ligne que l'acquéreur est pénétré de l'idée que le droit de la femme couvre l'immeuble. Mais quand des actes publics, quand un jugement rendu suivant les formes consacrées ont déclaré que l'immeuble était désormais affranchi, il est clair que l'accomplissement des formalités prescrites par les articles dont j'ai parlé n'est plus possible. Ne serait-ce pas un non-sens, en effet, que de vouloir qu'un acquéreur fasse signifier à la femme, et au procureur du roi (art. 2194), le dépôt au greffe de son contrat, lorsqu'on lui a présenté un jugement portant que la femme n'a aucun droit sur cet immeuble [1]?

L'acquéreur a donc été dans son droit en ne purgeant pas et en payant sur-le-champ le prix de son acquisition.

Maintenant que vient lui reprocher le cessionnaire de la femme? Rien absolument qui la mette en contravention à une disposition de la loi. Il lui oppose seulement que la femme ne pouvait traiter d'une hypothèque dont elle s'était déjà dessaisie. Cette raison est sans doute puissante; mais elle est paralysée par les objections que l'acquéreur puise dans sa bonne foi, dans la confiance due aux jugements, dans la dispense où il se trouvait de purger.

Il y aura, si l'on veut, deux droits parallèles; mais dans le choc qu'ils produisent en se rencontrant, celui de Pierre devra succomber, parce que la critique n'a rien à reprocher à Delarue, tandis que Pierre a commis la négligence de ne pas s'inscrire en son nom personnel comme il en avait le droit. S'il eût pris cette précaution (n° 609 *in fine*),

[1] Mais puisque la réduction serait évidemment frauduleuse, dans ce cas, contre le créancier Pierre subrogé par la femme, et que le mari est participant de cette fraude, nous ne voyons pas comment l'acquéreur, ayant cause du mari, pourrait échapper au droit de préférence du créancier, sur le prix de vente, sinon en remplissant les devoirs de purge. Le créancier devait inscrire sa subrogation, dit Troplong. Mais encore une fois, nous ne concevons pas la possibilité d'une pareille inscription. *Voy.* note sur le n° 609, *supra*. D'ailleurs pour la conservation de l'hypothèque légale de la femme, qui lui est concédée, il jouit du même privilége que la femme, de le maintenir sans inscription. Quant au jugement qui est intervenu sur la demande en réduction de l'hypothèque légale, le créancier porteur de subrogation antérieure, le fera annuler par voie de tierce opposition, comme préjudiciant à ses droits acquis, et comme le résultat du dol et de la fraude concertés entre le mari et la femme. Tenons donc pour certain que dans ce cas, le tiers acquéreur ne pourrait pas se dispenser de faire la purge légale, pour se libérer en sûreté. (*Note de l'éditeur belge.*)

recommandées par la sagesse la plus vulgaire (n° 377), son droit fût resté intact; car il aurait été connu des tiers, et la fraude dont il est aujourd'hui victime aurait été prévenue. Entre son adversaire, qui est exempt de toute négligence, et lui, qui doit s'imputer son manque de vigilance, il semble qu'il n'y a pas lieu à hésiter.

FIN DU PREMIER VOLUME.

(CONTENANT LES TOMES Ier ET IIe DE L'ÉDITION FRANÇAISE.)

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS CE VOLUME.

Pages.

Préface, ou Dissertation sur le régime hypothécaire du Code civil comparé avec le système de l'an 7 et plusieurs Codes étrangers, et sur les améliorations dont ce régime est susceptible. . 1

CHAPITRE PREMIER.

Théorie du privilége et de l'hypothèque. . . . 31

CHAPITRE II.

1° Des priviléges 37
2° Énumération et concours des divers priviléges. 40
3° Assiette des priviléges. 80

SECTION PREMIÈRE.

Des priviléges sur les meubles. 90
§ 1. Des priviléges généraux sur les meubles. . 91
§ 2. Des priviléges sur certains meubles. . . . 107

SECTION II.

Des priviléges sur les immeubles. 149

SECTION III.

Des priviléges sur les meubles et les immeubles. 169

APPENDICE AUX TROIS SECTIONS PRÉCÉDENTES.

Du droit de rétention. 171

SECTION IV.

Comment se conservent les priviléges. 175

Pages.

Des cessions de priviléges 216
De la conversion des priviléges en hypothèques. . 237

CHAPITRE III.

Des hypothèques 239
Indivisibilité de l'hypothèque 240
Assiette de l'hypothèque. 244

SECTION PREMIÈRE.

Des hypothèques légales. 257

SECTION II.

Des hypothèques judiciaires 272

SECTION III.

Des hypothèques conventionnelles. 300

SECTION IV.

Du rang que les hypothèques ont entre elles. . . 383
Des hypothèques qui ont rang sans inscription. . 390
Des cessions faites par les femmes de leurs hypothèques légales 450
De l'option de la femme dotée entre l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal et l'action hypothécaire. 452
De la spécialisation des hypothèques générales des femmes et des mineurs 453
De la restriction desdites hypothèques pendant la tutelle et le mariage 457

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

